Copyright Board Canada
Commission du droit d'auteur Canada
CANADA

Copying for Private Use

Copyright Act, subsection 83(8)

File: Private Copying 2010

TARIFF OF LEVIES TO BE COLLECTED BY CPCC IN 2010 ON THE SALE OF BLANK AUDIO RECORDING MEDIA, IN CANADA, IN RESPECT OF THE REPRODUCTION FOR PRIVATE USE OF MUSICAL WORKS EMBODIED IN SOUND RECORDINGS, OF PERFORMERS' PERFORMANCES OF SUCH WORKS OR OF SOUND RECORDINGS IN WHICH SUCH WORKS AND PERFORMANCES ARE EMBODIED

DECISION OF THE BOARD

Reasons delivered by:

Mr. Justice William J. Vancise
Mr. Claude Majeau
Mrs. Jacinthe Théberge

Date of the Decision

May 29, 2010

Date of Reasons

November 2, 2010

Copie pour usage privé

Loi sur le droit d'auteur, paragraphe 83(8)

Dossier : Copie privée 2010

TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR LA SCPCP EN 2010 SUR LA VENTE DE SUPPORTS AUDIO VIERGES, AU CANADA, POUR LA COPIE À USAGE PRIVÉ D'ENREGISTREMENTS SONORES OU D'ŒUVRES MUSICALES OU DE PRESTATIONS D'ŒUVRES MUSICALES QUI LES CONSTITUENT

DÉCISION DE LA COMMISSION

Motifs exprimés par :

M. le juge William J. Vancise
M[e] Claude Majeau
M[e] Jacinthe Théberge

Date de la décision

Le 29 mai 2010

Date des motifs

Le 2 novembre 2010

Ottawa, November 2, 2010

File: Private Copying 2010

Reasons for the decision issued on May 29, 2010 certifying the private copying tariff for the year 2010

I. Introduction

[1] On January 22, 2009, the Canadian Private Copying Collective (CPCC) filed, pursuant to section 83 of the *Copyright Act*,[1] a statement of proposed levies to be collected in 2010 in respect of the reproduction for private use of musical works embodied in sound recordings, of performers' performances of these works or of sound recordings in which such works and performances are embodied ("private copying"). On February 14, the Board published the proposed tariff in the *Canada Gazette*, along with notices detailing the right of any person to object.

[2] In its proposed statement, CPCC sought to maintain the current tariff rates of 24¢ for audio cassettes and 29¢ for CD-R, CD-RW, CD-R Audio, CD-RW Audio and MiniDiscs, which were calculated based on the prerecorded CD proxy used by the Board in previous decisions.

[3] The Canadian Association of Broadcasters (CAB) and Z.E.I. Media Plus Inc. (ZEI), a Canadian distributor of recording media, filed timely objections. CAB withdrew its objection on May 25, 2009. ZEI does not challenge the rates proposed by CPCC. It only challenges the type or kind[2] of medium CPCC seeks to levy. In essence, ZEI restated its position with respect to the 1997 to 2009 tariffs: that so-called professional CD-Rs[3] are a sub-kind of data CDs that should be carved out of the tariff because they are not ordinarily used by individual consumers to copy music.

Ottawa, le 2 novembre 2010

Dossier : Copie privée 2010

Motifs de la décision rendue le 29 mai 2010 homologuant le tarif pour la copie privée pour l'année 2010

I. Introduction

[1] Le 22 janvier 2009, la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP) déposait, conformément à l'article 83 de la *Loi sur le droit d'auteur*,[1] un projet de tarif des redevances à percevoir en 2010 pour la copie à usage privé d'enregistrements sonores ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent (« copie privée »). Le 14 février 2009, la Commission publiait le projet dans la *Gazette du Canada* et donnait avis du droit de quiconque de s'y opposer.

[2] Dans son projet de tarif, la SCPCP cherchait à maintenir le taux de redevance actuel de 24 ¢ par cassette audio et de 29 ¢ par CD-R, CD-RW, CD-R Audio, CD-RW Audio et MiniDisc, calculé en fonction du modèle fondé sur les CD préenregistrés utilisé par la Commission dans ses décisions antérieures.

[3] L'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR) et Z.E.I. Media Plus Inc. (ZEI), un distributeur canadien de supports d'enregistrement, se sont opposés en temps opportun. L'ACR a retiré son opposition le 25 mai 2009. ZEI ne dénonce pas les taux que propose la SCPCP. Elle conteste uniquement le type[2] de supports que la SCPCP cherche à assortir d'une redevance. Essentiellement, ZEI a réitéré sa position concernant les tarifs de 1997 à 2009, à savoir que les CD-R[3] dits professionnels sont un sous-ensemble de CD de données qui ne devraient pas être assujettis au tarif parce qu'ils ne sont pas habituellement utilisés par les consommateurs pour copier de la musique.

[4] Subsequently, at the Board's request, CPCC updated the calculation of the tariff rates in accordance with the most recent data from the Music Monitor Survey, the information that the Board relied on in its previous calculation of the tariff rates. In revising the calculation of the rates, CPCC proposed an additional adjustment to the proxy model to account for the additional value afforded to copiers from the copy of individual tracks rather than of an entire album. This rationale was applied by the Board in its decision certifying the *Access Copyright Elementary and Secondary School Tariff, 2005-2009*.[4] The combined adjustments did not alter the proposed rates by CPCC.

[4] Par la suite, à la demande de la Commission, la SCPCP a mis à jour le calcul des taux du tarif conformément aux plus récentes données provenant du sondage de veille musicale, données sur lesquelles la Commission s'est fondée dans son calcul des taux précédemment établis. En révisant le calcul des taux, la SCPCP a proposé un ajustement supplémentaire au modèle du CD préenregistré pour tenir compte de la valeur additionnelle pour le consommateur provenant de la copie de pistes individuelles plutôt que d'un album au complet. La Commission a appliqué ce raisonnement dans sa décision homologuant le *Tarif Access Copyright pour les écoles élémentaires et secondaires, 2005-2009*.[4] Les ajustements combinés n'ont rien changé au tarif que propose la SCPCP.

[5] The hearing into this matter took place on November 24, and 25, 2009.

[5] L'audience en l'espèce a été tenue les 24 et 25 novembre 2009.

II. Preliminary Issue: Objection of ZEI

II. Question préliminaire : opposition de ZEI

[6] ZEI's objection in this tariff proceeding is a sequel to an ongoing dispute between CPCC and ZEI, the heart of which is whether or not data CDs may constitute more than a single kind of medium.[5] On September 22, 2009, the Board declined to vary the private copying tariffs for 1999 to 2007, on the basis of factors inherent in any decision dealing with transactions that predate the application to vary without examining the merit of ZEI's allegations on the existence of a sub-kind of unleviable professional CDs, which had not been accounted for to date.[6] Consequently, in denying ZEI's application to vary, the Board declared that the examination of the 2010 tariff was to proceed on the basis of the parties' filings for the 2008-2009 tariff.[7]

[6] L'opposition de ZEI dans la présente instance est un chapitre de plus du différend qui persiste entre cette dernière et la SCPCP, visant essentiellement à déterminer si les CD de données peuvent ou non constituer plus d'un seul type de support.[5] Le 22 septembre 2009, la Commission a refusé de modifier les tarifs relatifs à la copie privée pour les années 1999 à 2007 en se fondant sur des facteurs inhérents à toute décision visant des transactions antérieures à la demande de modification, sans examiner le bien-fondé des allégations de ZEI sur l'existence d'un sous-ensemble de CD professionnels non assujettis à la redevance, et qui n'aurait pas été pris en considération à ce jour.[6] Par conséquent, en rejetant la demande de modification de ZEI, la Commission a déclaré que le tarif de 2010 devait être examiné en fonction des dépositions des parties pour le tarif 2008-2009.[7]

[7] The issue ZEI raises is best addressed in isolation from the analysis of the 2010 tariff proposal. Ruling in favour of ZEI, while reducing the number of data CDs at play, would

[7] Il est préférable d'examiner la question soulevée par ZEI indépendamment de l'analyse du projet de tarif de 2010. Le fait de donner gain de cause à ZEI, tout en réduisant le nombre de

have no impact on our understanding of the evidence in support of the proposed rates or our choice of methodology to set the tariff. Accordingly, we will first rule on ZEI's submission that professional CDs should not be subject to the private copying levy before proceeding with our analysis of the 2010 tariff proposal.

III. Position of the Parties

[8] ZEI submits that data CDs are not a single, homogeneous kind of medium. More specifically, it contends that professional data CDs are a separate type that should be carved out of the tariff because they are not ordinarily used by individual consumers to copy music.

[9] When it first applied to the Board, ZEI claimed that some brands of CDs are of superior quality for duplication or other professional purposes. It was unable to adduce any substantiating evidence and abandoned this position. ZEI only contends that professional CDs are not used by consumers because of intrinsic and extrinsic characteristics that distinguish them from other CDs: professional CDs are unbranded, packaged in bulk and labelled in a manner that does not comply with the *Consumer Packaging and Labelling Act*.[8]

[10] ZEI argues that any characteristic that serves to distinguish two types of CDs with respect to their ordinary use cannot be ignored if the private copying regime is to be fair and equitable.

[11] ZEI contends it is not convenient for consumers to use unbranded, bulk CDs to copy music, in contrast to professional users such as duplicators who will use a batch of CDs all at once. It also contends that manufacturers that

CD de données en cause, n'aurait aucune incidence sur notre compréhension de la preuve à l'appui du projet de tarif ou sur notre choix de méthodologie pour établir les redevances. Par conséquent, nous nous pencherons d'abord sur la prétention de ZEI selon laquelle les CD professionnels ne devraient pas être assujettis à la redevance pour la copie privée avant de procéder à l'analyse du projet de tarif de 2010.

III. Les prétentions des parties

[8] ZEI prétend que les CD de données ne sont pas un type de support unique et homogène. Plus précisément, elle fait valoir que les CD de données professionnels constituent un type différent de support qui ne devraient pas être assujettis au tarif parce qu'ils ne sont pas habituellement utilisés par les consommateurs pour copier de la musique.

[9] Au départ, ZEI prétendait que certaines marques de CD sont de qualité supérieure pour la duplication ou pour d'autres fins professionnelles. N'ayant pu présenter d'éléments de preuve à l'appui de cette prétention, ZEI a abandonné cet argument. ZEI prétend uniquement que les CD professionnels ne sont pas utilisés par les consommateurs en raison de caractéristiques intrinsèques et extrinsèques qui les distinguent des autres CD : absence de marque, emballages en vrac et étiquetage non conforme à la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*.[8]

[10] ZEI affirme qu'il faut tenir compte de toute caractéristique permettant de différencier deux types de CD quant à leur utilisation habituelle, sans quoi on porterait atteinte à l'équité du régime de copie privée.

[11] ZEI prétend qu'il n'est pas pratique pour les consommateurs de copier de la musique sur des CD sans marque, emballés en vrac, contrairement aux utilisateurs professionnels, comme les entreprises de duplication, qui

package CDs in a way that does not comply with the *CPLA* arguably do not intend to distribute their products to consumers. This speaks to the apparent purpose of the medium. In addition, ZEI contends that consumers cannot purchase professional CDs by reason that they are not available where consumers ordinarily shop. Thus, professionals must be the ones actually using the recording medium.

utilisent un lot de CD d'un seul coup. Elle allègue également que les fabricants qui emballent les CD sans se conformer à la *LEEPC* n'ont sans doute pas l'intention de distribuer leurs produits aux consommateurs. Cette allégation fait référence à l'objet apparent du support. De plus, ZEI fait valoir que les consommateurs ne peuvent acheter de CD professionnels parce qu'ils ne sont pas disponibles dans les magasins où les consommateurs font habituellement leurs achats. Ce sont donc forcément les professionnels qui utilisent ce support d'enregistrement.

[12] ZEI further contends that CPCC bears the onus of proving that consumers use professional CDs in a non-marginal way to copy music and that it has failed to do so. At best, CPCC may be able to prove that professional CDs are available to the public but availability to the public is not evidence of non-marginal use by individual consumers. Availability for purchase by the public merely establishes that CDs are purchased by one or more of three market segments (professional, private for music and private for non-music), but not by one specifically.

[12] ZEI prétend également qu'il incombe à la SCPCP de prouver que les consommateurs utilisent des CD professionnels d'une manière non marginale pour copier de la musique, et qu'elle ne s'est pas acquittée de ce fardeau. Au mieux, la SCPCP pourrait prouver que le public a accès aux CD professionnels, bien que cette disponibilité ne prouve pas que les consommateurs les utilisent d'une manière non négligeable. Le fait que le public puisse acheter ces CD prouve seulement que ces derniers sont achetés par un ou plusieurs des trois segments de marché (les professionnels, les particuliers pour copier de la musique et les particuliers pour copier autre chose), et non par un segment en particulier.

[13] CPCC argues that a medium can only be divided into different types if there are technological or physical (intrinsic) distinctions that cause a type of CD to not be used to copy music, such as format or recording capability. Conversely, one cannot rely on extrinsic characteristics to establish that a distinct type of CD exists. CPCC argues that extrinsic characteristics, such as packaging, labelling and branding, considered on their own, only show that a medium is used for multiple purposes, some of which include copying music.

[13] La SCPCP prétend qu'un support ne peut être divisé en différents types que s'il comporte des distinctions technologiques ou physiques (intrinsèques) faisant en sorte qu'il ne peut être utilisé pour copier de la musique, comme le format ou la capacité d'enregistrement. À l'inverse, on ne peut se fonder sur les caractéristiques extrinsèques pour établir qu'il existe un type différent de CD. La SCPCP prétend que les caractéristiques extrinsèques, comme l'emballage, l'étiquetage et le marquage, examinées séparément, démontrent seulement qu'un support peut être utilisé à diverses fins, y compris pour copier de la musique.

[14] Alternatively, CPCC contends that if the distinctions ZEI proposes can be used to

[14] Par ailleurs, la SCPCP affirme que si les distinctions proposées par ZEI peuvent être

segregate professional CDs from others, ZEI has failed to discharge the burden of proving that these distinctions are not minor ones that can easily be manipulated to avoid the levy.[9] Moreover, CPCC contends that the record establishes that consumers are indeed purchasing professional CDs.

IV. Evidence

[15] The parties agreed that the matter could be heard exclusively on the basis of documentary evidence, most of which had already been filed in the context of the 2008-2009 tariff proceedings and subsequent interlocutory applications. The record was supplemented by evidence from a parallel proceeding involving a tariff enforcement dispute between CPCC and ZEI before the Federal Court.

A. Terminology

[16] For the ease of the reader, before turning to the evidence, it is necessary to clarify a few issues of semantics.

1. Professional CDs and ZEI Brands

[17] Because the evidence was partly gathered in the context of an enforcement dispute between CPCC and ZEI that largely focused on certain brands of CDs, namely Princo, Taiyo Yuden, Mitsui (MAM-A) and MPO Hi-Space, the evidence filed in support of establishing the existence of professional CDs referred to these brands. Other manufacturers may also make professional CDs. As a result, we sometimes refer to these "ZEI brands" as a proxy for professional CDs.

2. Unbranded and Branded CDs

[18] The evidence tends to refer interchangeably to "unbranded" and "professional" CDs and conversely, to "branded", "retail" or "other" CDs. Referring interchangeably to unbranded

utilisées pour différencier les CD professionnels des autres, ZEI ne s'est pas acquittée du fardeau de prouver que ces distinctions ne sont pas mineures et qu'elles ne peuvent facilement être modifiées pour éviter la redevance.[9] De plus, la SCPCP prétend que la preuve au dossier démontre que les consommateurs achètent bel et bien des CD professionnels.

IV. La preuve

[15] Les parties ont convenu que l'affaire pourrait être instruite en se fondant uniquement sur de la preuve documentaire, dont la plupart des éléments avaient déjà été déposés dans le cadre de l'instance relative au tarif 2008-2009 et des demandes interlocutoires subséquentes. Le dossier a été complété par des éléments de preuve déposés dans une instance connexe devant la Cour fédérale concernant un différend sur l'application du tarif entre la SCPCP et ZEI.

A. Terminologie

[16] Par souci de commodité, il est nécessaire de clarifier quelques questions de sémantique avant d'examiner la preuve.

1. CD professionnels et marques de ZEI

[17] Comme une partie de la preuve a été rassemblée dans le cadre d'un différend sur l'application du tarif entre la SCPCP et ZEI portant principalement sur certaines marques de CD (Princo, Taiyo Yuden, Mitsui (MAM-A) et MPO Hi-Space), la preuve visant à établir l'existence de CD professionnels fait référence à ces marques. Or, d'autres fabricants offrent aussi des CD professionnels. Nous parlerons donc parfois des « marques de ZEI » pour faire référence aux CD professionnels.

2. CD avec ou sans marque

[18] Règle générale, la preuve ne semble pas faire de distinction entre les CD « sans marque » et « professionnels » et, à l'inverse, entre les CD « avec marque », « vendus au détail » ou les

and professional CDs confuses "characteristic" and "type".

[19] "Unbranded" CDs share a characteristic: they have no markings on their surface, allowing for, among other things, future branding by others. "Unbranded" CDs tend to be used by private labels or by commercial or institutional entities for duplication purposes. On the other hand, "branded" CDs generally bear the brand markings of the manufacturer, such as Memorex or Sony. These CDs are prevalent in retail outlets. Although the record shows that unbranded Memorex CDs or branded Princo CDs do exist, more often than not, Memorex CDs will be "branded", whereas Princo CDs will be "unbranded".

B. Review of the Evidence

[20] The amount and variety of evidence filed by the parties in support of their claims are noteworthy. It follows that there is no need to review all of the evidence; an overview of the most relevant exhibits suffices to convey the evidentiary basis on which we rely to reach a decision.

1. Affidavit, Examinations and Cross-Examination of Danielle Gravel

[21] Danielle Gravel is an employee of ZEI who has been involved in the purchase and sale of blank CDs since 1999. From a distributor's perspective, Ms. Gravel provided insight into the structure of the market, brand specific information and consumer preferences. She also conveyed what ZEI considers a professional CD and why it does so.

[22] Ms. Gravel submitted that professional CDs are promoted for business applications and distributed for sale to businesses. Furthermore,

« autres CD ». Le fait de ne pas faire de distinction entre les CD sans marque et les CD professionnels confond les notions de « caractéristique » et de « type ».

[19] Les CD « sans marque » ont une caractéristique commune : rien n'est inscrit sur leur surface, ce qui permet notamment aux entreprises d'apposer leur marque ultérieurement. Les CD « sans marque » sont plus souvent utilisés par des marques privées ou par des entités commerciales ou institutionnelles à des fins de duplication. En revanche, les CD « avec marque » portent généralement la marque du fabricant, comme Memorex ou Sony. Ces CD se retrouvent couramment dans des magasins au détail. La preuve au dossier démontre que s'il existe des CD Memorex sans marque ou des CD Princo avec marque, les CD Memorex sont habituellement « avec marque », alors que les CD Princo sont habituellement « sans marque ».

B. Examen de la preuve

[20] La quantité et la diversité des éléments de preuve déposés par les parties à l'appui de leurs prétentions sont remarquables. Il n'est donc pas nécessaire de tous les examiner; un simple survol des pièces les plus pertinentes suffira pour établir le fondement probatoire nécessaire pour appuyer notre décision.

1. Affidavit, interrogatoires et contre-interrogatoires de Danielle Gravel

[21] Danielle Gravel est une employée de ZEI qui s'occupe de l'achat et de la vente de CD vierges depuis 1999. Du point de vue du distributeur, M^me^ Gravel a donné des détails sur la structure du marché, sur les marques et sur les préférences des consommateurs. Elle a également indiqué ce que ZEI considère comme un CD professionnel et pourquoi elle est de cet avis.

[22] M^me^ Gravel a fait valoir que les CD professionnels sont recommandés à des fins commerciales et distribués aux entreprises aux

she set out distinctions between the packaging and labelling of professional and "retail" CDs.

[23] Ms. Gravel's affidavit was supported by the following exhibits: excerpts of Anna Bucci and Laurie Gelbloom witness statement for the 2005-2007 private copying proceedings; the transcripts of their testimony in the same proceedings, wherein they acknowledge that certain ZEI brands of CDs are almost exclusively used for duplication purposes; correspondence with Princo America disclosing that the marketing strategy of the company is to focus on the duplication market exclusively; and, photos of CDs that ZEI considers to be professional CDs.

2. Affidavits and Transcripts of Cross-Examinations of Laurie Gelbloom

[24] Laurie Gelbloom is general counsel to CPCC. Ms. Gelbloom filed two affidavits, seeking to demonstrate that CDs should not be segregated because professional CDs are offered for sale to consumers just like any other CD. Ms. Gelbloom's implicit assumption is that if certain CDs are available to consumers, consumers purchase them and therefore, they are leviable. The affidavits were supported by a vast amount of documents compiled in the course of ongoing collection and enforcement activities, including tables documenting relevant information in respect of market sightings and voluntary reporting of ZEI brands, summaries of CD brands, investigators' reports detailing market sightings and purchases of ZEI brands and unbranded CDs, an analysis of the nature of ZEI's sales with supporting documents, CD purchases by Ms. Gelbloom, Santa Clara Inc. Blank Media Industry Reports, and copious evidence of advertisement clippings, Internet offers, vendor profiles and photographs of CDs.

fins de vente. De plus, elle a expliqué les distinctions entre l'emballage et l'étiquetage de CD professionnels et ceux vendus au détail.

[23] L'affidavit de M^me^ Gravel était étayé par les pièces suivantes : extraits des déclarations des témoins Anna Bucci et Laurie Gelbloom dans l'instance relative à la copie privée 2005-2007; transcriptions de leur témoignage dans cette même instance, où elles reconnaissent que certaines marques de CD de ZEI sont utilisées presque exclusivement à des fins de duplication; correspondance avec Princo America indiquant que la stratégie de commercialisation de la société consiste à se concentrer exclusivement sur le marché de la duplication; photos de CD que ZEI considère comme des CD professionnels.

2. Affidavits et transcriptions des contre-interrogatoires de Laurie Gelbloom

[24] Laurie Gelbloom est avocate générale auprès de la SCPCP. Elle a déposé deux affidavits visant à démontrer que les CD ne devraient pas être divisés en différents types parce que les CD professionnels sont vendus aux consommateurs comme tout autre CD. M^me^ Gelbloom présume implicitement que puisque certains CD sont offerts aux consommateurs, ces derniers les achètent; ces CD sont donc assujettis à la redevance. Les affidavits étaient étayés par une vaste quantité de documents recueillis dans le cadre des activités régulières de perception et de mise en application du tarif, y compris des tableaux présentant les renseignements pertinents provenant d'observations du marché et les déclarations volontaires relatives aux ventes de marques de ZEI, des rapports sommaires sur des marques de CD, des rapports d'enquêteurs documentant des observations du marché et l'achat de CD de marques de ZEI et sans marque, une analyse de la nature des ventes de ZEI avec documents à l'appui, des achats de CD par M^me^ Gelbloom, des rapports de Santa Clara Inc. sur l'industrie du support vierge et un nombre important de coupures d'annonces

publicitaires, d'offres sur Internet, de profils de vendeurs et de photos de CD.

[25] Overall, the cross-examinations of Ms. Gelbloom on her affidavit of October 21, 2008 convey CPCC's approach in targeting media in its tariff, the tools and assumptions on which it relies.

[25] Dans l'ensemble, les contre-interrogatoires de M^me^ Gelbloom au sujet de son affidavit du 21 octobre 2008 reflètent la méthode adoptée par la SCPCP pour cibler les supports assujettis à son tarif ainsi que les outils et les hypothèses sur lesquels elle s'appuie.

[26] Ms. Gelbloom stated that market sighting is the determining factor in choosing which media to target in the private copying tariffs. Packaging, labelling or distribution channels are not factors for which CPCC has accounted in its decisions. Insofar as its zero-rated program is concerned,[10] CPCC has never looked at whether there is brand skewing, or whether the zero-rated CDs have common characteristics.

[26] M^me^ Gelbloom a affirmé que les observations du marché sont déterminantes dans le choix des supports visés dans les tarifs pour la copie privée. L'emballage, l'étiquetage ou les canaux de distribution ne sont pas des facteurs que la SCPCP a pris en considération dans ses décisions. En ce qui concerne son régime d'exonération,[10] la SCPCP n'a jamais examiné s'il existait un biais en faveur de certaines marques, ou encore si les CD exonérés ont des caractéristiques communes.

[27] Ms. Gelbloom elaborated on earlier statements made in the context of the 2005-2007 private copying proceedings and explained that CPCC acknowledges that certain brands are used for duplication purposes, which are not subject to the levy when they are imported and material is printed on them before selling them in Canada. A levy is payable only when such media is sold blank in Canada. It has always been CPCC's position that duplicators would use certain brands but that these brands are also being offered for sale by resellers in retail outlets and individual consumers purchase the media, such that it is a medium that is being used to copy music. Furthermore, new information led CPCC to conclude that its previous statements in respect to the use of duplication brands were exaggerated.

[27] M^me^ Gelbloom a donné plus de précisions à l'égard des affirmations qu'elle a faites précédemment dans le cadre de l'instance relative à la copie privée 2005-2007 et a expliqué que la SCPCP reconnaît que certaines marques de CD utilisés à des fins de duplication ne sont pas assujetties à la redevance lorsque les CD sont importés et que des données y sont inscrites avant de les vendre au Canada. La redevance est payable uniquement lorsqu'un tel support est vierge lorsqu'il est vendu au Canada. La SCPCP a toujours été d'avis que les professionnels de la duplication utilisent des marques particulières, mais que ces marques sont également offertes au détail et que les consommateurs les achètent, de sorte qu'elles constituent un support utilisé pour copier de la musique. De plus, de nouveaux renseignements ont amené la SCPCP à conclure que ses déclarations antérieures concernant l'utilisation de marques utilisées à des fins de duplication étaient exagérées.

3. CD Quality Overview Reports

[28] Media Sciences prepared two reports,[11] focusing on the quality distinctions between ZEI brands and other CDs. Media Sciences found that there were no distinctions but since ZEI no longer contends that professional CDs are of superior quality, there is no need to elaborate further.

4. Santa Clara Consulting Group Reports

[29] Santa Clara Consulting Group produces annual surveys of the data media industry to provide insight into the ways manufacturers are selling optical media into the market and their relative success. CPCC partly relies on these reports to guide its decision in respect of the private copying tariff. Up until now, CPCC had only filed excerpts of the reports as evidence before the Board. ZEI asked CPCC to file all of the reports going back to 1998. For our purposes, it suffices to highlight the most recent ones.

[30] The *Flexible Media Industry for Data Recording (2008)* report evaluates the market shares of CDs manufacturers overall and in each distribution channel. The report defines and divides the distribution channels into five categories: data processing supply distributors, office products, computer/software dealers, mass merchandisers and government-institutional/direct. The report also divides the CD market into two primary categories: branded and unbranded, which it defines respectively as "the main line brands" and "that produced by a manufacturer that does not bear a manufacturer's name on the product or the packaging".[12] Unbranded CDs are typically sold by "lower tier vendors",[13] by private label vendors or as generic product. Unbranded media also includes products that are sold for use in commercial software duplication and data distribution.

3. Rapports sommaires sur la qualité des CD

[28] *Media Sciences* a rédigé deux rapports[11] portant sur les différences entre la qualité des marques de ZEI et celle d'autres CD. *Media Sciences* a conclu qu'il n'y a aucune différence entre les deux, mais puisque ZEI ne prétend plus que les CD professionnels sont de qualité supérieure, il est inutile de se pencher davantage sur cette question.

4. Rapports du groupe d'experts Santa Clara

[29] Le *Santa Clara Consulting Group* réalise des sondages annuels sur l'industrie du support d'enregistrement pour exposer la façon dont les fabricants offrent des supports optiques sur le marché et leur réussite respective. La SCPCP s'appuie en partie sur ces rapports pour orienter ses décisions relatives au tarif pour la copie privée. Jusqu'à maintenant, la SCPCP n'avait produit en preuve que des extraits des rapports. ZEI a demandé à la SCPCP de produire tous les rapports depuis 1998. Pour nos fins, un survol des rapports les plus récents suffira.

[30] Le rapport intitulé *Flexible Media Industry for Data Recording (2008)* évalue les parts de marché des fabricants de CD de façon globale et dans chacun des canaux de distribution. Le rapport définit ces canaux et les divise en cinq catégories : distributeurs de matériel de traitement de données, fournitures de bureau, détaillants de matériel informatique et de logiciels, grandes surfaces et ventes directes aux gouvernements et aux institutions. Le rapport divise également le marché du CD en deux catégories principales : avec ou sans marque. On les définit respectivement comme [TRADUCTION] « les grandes marques » et les CD « qui ne portent pas le nom du fabricant sur leur surface ou sur leur emballage ».[12] Les CD sans marque sont généralement vendus par des « vendeurs de palier inférieur »,[13] par des vendeurs de marques privées ou à titre de produits génériques. Les supports sans marque comprennent également les produits vendus à

des fins de duplication commerciale de logiciels ou de distribution de données.

[31] The *CD Tracker, 2007 Year End Review* report examines the global market of CD writers and media products by region. It is broken into three sections: industry, market and competition. This study finds that in the Americas, branded disc sales vastly exceed unbranded sales, which typically involve duplication and private-label businesses. Similarly to the *Flexible Media Report, 2008*, the *CD Tracker* divides the distribution channels into distributors, direct, retail, software duplicators and private label/other.

[31] Le rapport intitulé *CD Tracker, 2007 Year End Review* analyse le marché international des graveurs de CD et des supports par région. Il est divisé en trois parties : l'industrie, le marché et la concurrence. L'étude conclut que dans les Amériques, les ventes de disques avec marque dépassent largement les ventes de disques sans marque, lesquels sont habituellement destinés à la duplication et aux marques privées. Comme dans le cas du *Flexible Media Report, 2008*, le *CD Tracker* répartit les canaux de distribution entre les distributeurs, la vente directe, les détaillants, les entreprises de duplication de logiciels et les marques privées ou autres.

5. Lists of Importers Reporting Sales of CDs Manufactured by Mitsui, Taiyo Yuden, Princo and MPO (ZEI Brands)

5. Listes des importateurs confirmant avoir vendu des CD fabriqués par Mitsui, Taiyo Yuden, Princo et MPO (les marques de ZEI)

[32] CPCC provided the lists to ZEI to fulfill an undertaking given during the course of Ms. Gelbloom's cross-examination. The first table sets out the companies that have reported and paid levies on ZEI brand CDs, the year and the circumstances in which they did so. The second sets out these distributors' status of enrolment in CPCC's zero-rated program and where applicable, the reasons for their non-enrolment or for the termination of the agreement. These documents reveal that several distributors of ZEI brands are not zero-rated.

[32] La SCPCP a fourni ces listes à ZEI suite à un engagement pris lors du contre-interrogatoire de M^me^ Gelbloom. Le premier tableau fait état des sociétés ayant payé des redevances sur des CD de marques de ZEI et ayant fait état de ces redevances ainsi que les années où elles ont effectué les versements et les circonstances entourant ces versements. Le deuxième tableau indique l'état de l'inscription de ces distributeurs au régime d'exonération de la SCPCP et, le cas échéant, les motifs expliquant pourquoi ils ne se sont pas inscrits ou pourquoi on a mis fin à l'entente. Ces documents indiquent que plusieurs distributeurs de marques de ZEI ne sont pas exonérés.

6. Investigative Reports

6. Rapports d'enquête

[33] CPCC asked a number of investigators to assess the market presence of CDs. Some were instructed to target ZEI brands in particular. Others were instructed to target unbranded CDs. Their reports reveal that at times the alleged purposes for which the investigators purchased CDs were not of consumer nature. For example,

[33] La SCPCP a demandé à plusieurs enquêteurs d'analyser la présence des CD sur le marché. Certains ont été mandatés pour cibler les marques de ZEI en particulier, d'autres pour cibler les CD sans marque. Ces rapports révèlent que certains achats de CD par les enquêteurs n'auraient pas été faits à des fins de

in one case the investigator pretended to want to make a large purchase (he did not pretend to be a consumer) and in another, investigator pretended to want 1000 units for a school project (not a consumer and not music). This said, the reports provide direct and indirect evidence that ZEI brands and unbranded CDs are available where consumers shop and that purchases of such CDs have been made in stores and online.

V. Issues

[34] By an order dated September 22, 2009, the parties were advised that the Board expected them to address the following issues at the hearing.

a) Which characteristics can be used to distinguish between various types of recording media?

b) Is there sufficient evidence on the record of these proceedings to conclude that there exists a type of blank CD that presents one or more relevant characteristics which have not been accounted for to date and that is not ordinarily used by individual consumers to copy music?

c) If the answer to b) is yes, should the tariff account for this type of CDs? And if so,

i) how should the tariff be worded to account for such CDs?

ii) how can the current reporting requirements be modified to minimize grey or black market transactions and to otherwise ensure the integrity of the regime?

consommation. Par exemple, dans un cas, l'enquêteur a prétendu faire un gros achat (il ne prétendait pas être un consommateur) et dans un autre, l'enquêteur a prétendu acheter 1000 unités pour un projet scolaire (pas pour consommation ou pour copier de la musique). Cela dit, les rapports démontrent de façon directe et indirecte que les CD portant les marques de ZEI et les CD sans marque sont offerts là où les consommateurs font leurs achats et que de tels CD ont en effet été achetés dans ces magasins et en ligne.

V. Questions

[34] Dans une ordonnance du 22 septembre 2009, les parties ont été avisées que la Commission s'attendait à ce qu'elles examinent les questions suivantes à l'audience :

[TRADUCTION] a) Quelles caractéristiques peuvent être utilisées pour différencier les divers types de support?

b) La preuve au dossier est-elle suffisante pour conclure qu'il existe un type de CD vierge présentant une ou plusieurs caractéristiques pertinentes qui n'ont pas été prises en compte jusqu'à maintenant et qui n'est pas habituellement utilisé par les consommateurs pour copier de la musique?

c) Si la réponse à la question b) est affirmative, le tarif devrait-il tenir compte de ce type de CD? Et, le cas échéant,

i) comment le tarif devrait-il être rédigé pour tenir compte de ces CD?

ii) comment les obligations de rapport actuelles peuvent-elles être modifiées pour réduire les transactions sur les marchés gris ou noir et pour assurer l'intégrité du régime?

VI. Analysis

[35] The definitions of "audio recording medium" and "blank audio recording medium" in section 79 are central to the debate before us.

> 79. In this Part,
>
> "audio recording medium" means a recording medium, regardless of its material form, onto which a sound recording may be reproduced and that is of a kind ordinarily used by individual consumers for that purpose, excluding any prescribed kind of recording medium;
>
> "blank audio recording medium" means
>
> (a) an audio recording medium onto which no sounds have ever been fixed, and
>
> (b) any other prescribed audio recording medium;

[36] For the reasons that follow, we conclude that professional CDs cannot be isolated as a separate type of medium. The record does not allow us either to identify one or more characteristics that are sufficiently stable to allow that distinction to be made, or to conclude that consumer use of professional CDs to copy music is so low that these CDs do not meet the definition of "blank audio recording medium". To succeed, both conditions would have to be satisfied.

A. Which Characteristics Can Be Used to Distinguish Between Various Types of Recording Media?

[37] There is a distinction to be made between the characteristics used to determine whether two media are of different types or kinds and the "factors that will determine whether a given kind of medium is ordinarily used by individual

VI. Analyse

[35] Les définitions de « support audio » et « support audio vierge » prévues à l'article 79 sont essentielles au litige dont nous sommes saisis.

> 79. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.
>
> « support audio » Tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, à l'exception toutefois de ceux exclus par règlement.
>
> « support audio vierge » Tout support audio sur lequel aucun son n'a encore été fixé et tout autre support audio précisé par règlement.

[36] Pour les motifs suivants, nous concluons que les CD professionnels ne peuvent être considérés comme un type de support différent. La preuve au dossier ne nous permet ni d'identifier une ou plusieurs caractéristiques suffisamment stables pour permettre de faire cette distinction, ni de conclure que l'utilisation de CD professionnels par les consommateurs pour copier de la musique est si faible que ces CD ne répondent pas à la définition de « support audio vierge ». Pour conclure que les CD professionnels sont un type de support différent, les deux conditions devraient être remplies.

A. Quelles caractéristiques peuvent être utilisées pour différencier les divers types de support?

[37] Il faut faire une distinction entre les caractéristiques utilisées pour déterminer si deux supports sont de types différents et les « facteurs [qui détermineront] si un type de supports est habituellement utilisé par les

consumers for copying sound recordings."[14] Generally, for reasons that follow, it is preferable that the first be determined by using hard, intrinsic characteristics or attributes, while both hard (invention, design) and soft, extrinsic characteristics (promotion, actual use) can be used to determine the ordinary use of a type of media.[15]

[38] Parliament intended the private copying regime to be sensitive to market realities and to have the flexibility to adapt to a changing environment.[16] The regime is designed to allow the Board maximum flexibility to include and exclude the required elements in order to be as fair as possible to all concerned and to reinforce the nexus that is required to maintain the constitutionality of the regime. Therefore, if there is a strong, clear correlation between a characteristic, intrinsic or not, and the use (or lack thereof) of a recording medium by individual consumers to copy music, then this correlation must be taken into account in deciding whether there is a separate, non-leviable type of medium, subject to what follows.

[39] Too rigid an interpretation of the definition of "audio recording medium" can equally contradict the intention of Parliament. Too restrictive an interpretation could strip the regime of any meaning if it resulted in failure to adequately compensate eligible rights holders.[17] For that reason, a recording medium is not an "audio recording medium" only if it is plainly meant for a purpose other than private copying.[18] In the same vein, "a broad interpretation of the definition helps to level the playing field for importers and manufacturers by ensuring that only those media that clearly are not used to make private copies are not subject to the levy."[19]

[40] In order to maintain this equilibrium, it is possible but not recommended to rely on

consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores. »[14] De façon générale, il est préférable, pour les motifs suivants, de déterminer si deux supports sont de types différents en fonction d'attributs forts, intrinsèques, tandis que tant les attributs forts (conception) que faibles (promotion, utilisation réelle) ou extrinsèques, peuvent servir à établir l'utilisation habituelle d'un type de support.[15]

[38] Le législateur a voulu que le régime de copie privée soit réceptif aux réalités du marché et assez souple pour s'adapter à un environnement changeant.[16] Le régime est conçu pour donner à la Commission toute la latitude nécessaire pour inclure et exclure les éléments requis afin qu'il soit le plus équitable possible à l'égard des personnes visées et renforcer le lien nécessaire pour préserver sa constitutionnalité. Par conséquent, s'il existe une corrélation forte et nette entre une caractéristique, intrinsèque ou non, et l'utilisation (ou son absence) d'un support par les consommateurs pour copier de la musique, cette corrélation doit alors être prise en considération pour décider s'il existe un type de support distinct et non assujetti à la redevance, sous réserve de ce qui suit.

[39] Une interprétation trop rigide de la définition de « support audio » peut également contredire l'intention du législateur. Une interprétation trop restrictive pourrait enlever toute signification au régime si elle entraînait le défaut de rémunérer adéquatement les titulaires de droits admissibles.[17] Pour cette raison, pour qu'un support d'enregistrement ne soit pas un « support audio » il doit être manifestement destiné à une fin autre que la copie privée.[18] Dans le même ordre d'idées, « une interprétation large de la définition permet d'uniformiser les règles du jeu pour les importateurs et les fabricants en faisant en sorte que seuls les supports qui ne sont manifestement pas utilisés pour la copie privée ne soient pas assujettis à la redevance. »[19]

[40] Afin de préserver cet équilibre, il est possible, mais non recommandé, de se fonder

differences in extrinsic characteristics alone to differentiate between types of media.[20] Characteristics distinguishing different types of media should not be capable of easy manipulation for the purpose of avoiding the tariff.[21] Generally speaking, extrinsic characteristics are easier to manipulate than intrinsic ones. Nonetheless, in *PC III*, the Board noted several non-intrinsic characteristics on which it could or had previously relied to segregate a medium, such as actual use, promotion and marketing, price and rate of adoption in the market. It rejected the use of packaging as a "typing" characteristic on the basis that its use was "not easy", not because it was irrelevant.[22] The Board has also been very liberal in labelling as "intrinsic physical attributes" characteristics such as size, convenience[23] and compatibility.[24] Convenience, for example, is a mostly extrinsic characteristic since it depends largely on user perception. Yet, lack of convenience is the reason why the Board excluded cassettes of less than 40 minutes from the tariff.[25]

uniquement sur des différences entre les caractéristiques extrinsèques pour différencier les types de support.[20] Les caractéristiques qui distinguent les différents types de supports ne doivent pas être susceptibles d'être aisément manipulées dans le but d'éviter le tarif.[21] En règle générale, les caractéristiques extrinsèques sont plus faciles à manipuler que les caractéristiques intrinsèques. Quoi qu'il en soit, dans *CP III*, la Commission a souligné plusieurs caractéristiques non intrinsèques sur lesquelles elle pourrait se fonder ou s'est déjà fondée pour établir des types de supports, comme l'utilisation réelle, la promotion et la commercialisation ainsi que le prix et le taux d'adoption sur le marché. Elle a conclu que l'emballage n'était pas une caractéristique permettant de « typer » un CD non pas parce qu'il s'agit d'un élément non pertinent, mais au motif qu'il s'agit d'un attribut dont l'utilisation est complexe.[22] La Commission a également été très ouverte à qualifier de « propriétés physiques intrinsèques » des caractéristiques comme la capacité, la commodité[23] et la compatibilité.[24] Par exemple, la commodité est essentiellement une caractéristique extrinsèque puisqu'elle dépend largement de la perception de l'utilisateur. Pourtant, la Commission a exclu du tarif les cassettes de moins de 40 minutes en raison de l'absence de commodité.[25]

[41] It is not possible to simply ignore so-called extrinsic characteristics in distinguishing between "types" of media, by reason that, as we just demonstrated, the line between intrinsic and extrinsic characteristics is not clear. Intrinsic qualities, such as the technological differences between a CD and a DVD, are "invisible" to the individual consumer, who is the object of the regime. Presented with unbranded CDs and DVDs, the consumer is unable to tell which is which. Branding is equally equivocal. Branding is a physical characteristic that does not affect the quality of a CD as an audio recording medium. Once branded, it is difficult to "de-brand" a CD. Yet, unbranded CDs will commonly come to bear a private label brand as they progress through the consumption chain. Is

[41] Il est impossible de simplement ignorer les caractéristiques dites extrinsèques pour différencier les différents types de support car, comme nous venons de le démontrer, la distinction entre les caractéristiques intrinsèques et extrinsèques n'est pas nette. Les qualités intrinsèques, comme les différences technologiques entre un CD et un DVD, sont « invisibles » pour le consommateur, qui est visé par le régime. Si on lui montre un CD et un DVD sans marque, le consommateur ne pourra les différencier. Le marquage est tout aussi équivoque. Il s'agit d'une caractéristique physique qui n'a pas d'influence sur la qualité d'un CD en tant que support audio. Une fois apposée, la marque est difficile à enlever. Pourtant, il arrive souvent que les CD sans

branding an extrinsic or intrinsic quality? In the end, the label ascribed to a characteristic is not determinative. What matters is whether or not the characteristic is sufficiently stable and obvious to be verifiable. The more stable and obvious the characteristic of a medium is, the easier it will be to establish a clear correlation between that characteristic and the behaviour of individual consumers.

marque portent finalement une marque privée à mesure qu'ils progressent dans la chaîne de consommation. Le marquage est-il une qualité extrinsèque ou intrinsèque? En fin de compte, le nom dont on affuble une caractéristique n'est pas déterminant. Ce qui importe, c'est de savoir si la caractéristique est suffisamment stable et évidente pour être vérifiable. Plus la caractéristique d'un support est stable et évidente, plus il sera facile d'établir une corrélation nette entre cette caractéristique et le comportement des consommateurs.

B. The Record Fails to Establish That There Is a Kind of Blank CD That Is Not Ordinarily Used by Individual Consumers to Copy Music

B. La preuve au dossier n'établit pas qu'il existe un type de CD vierge qui n'est pas habituellement utilisé par les consommateurs pour copier de la musique

[42] As stated earlier, we can find that professional CDs are a separate, non-leviable kind of recording medium only if the record allows us to conclude both that professional CDs share one or more characteristics that allow a distinction to be made between those and other CDs *and* that consumer use of professional CDs to copy music is so low that these CDs do not meet the definition of "blank audio recording medium". On both questions, the record does not support that conclusion.

[42] Comme nous l'avons déjà dit, pour conclure que les CD professionnels sont un type de support distinct et non assujetti à la redevance, il faut que la preuve au dossier nous permette de conclure *à la fois* qu'ils comportent une ou plusieurs caractéristiques permettant de les différencier des autres CD *et* que l'utilisation de CD professionnels par les consommateurs est si faible qu'ils ne répondent pas à la définition de « support audio vierge ». La preuve ne démontre ni l'un, ni l'autre.

1. The Record Does Not Disclose One or More Characteristics That Are Sufficiently Stable to Allow a Distinction to Be Made Between Professional and Other CDs

1. Le dossier n'indique pas qu'une ou plusieurs caractéristiques sont suffisamment stables pour permettre de différencier les CD professionnels des autres CD

[43] In the present case, there is no clear correlation between the distinguishing characteristics ZEI proposes, that is branding, packaging and labelling, and consumer use to copy music or lack thereof, to establish the existence of professional CDs. The characteristics ZEI proposes are too "soft", too ambiguous to identify a sub-type of CD that consumers do not use to copy music.

[43] En l'espèce, la corrélation entre les caractéristiques distinctives que ZEI propose (marquage, emballage, étiquetage) et la plus ou moins grande utilisation des consommateurs pour copier de la musique n'est pas suffisamment nette pour établir l'existence de CD « professionnels ». Les caractéristiques que ZEI propose sont trop « faibles », trop ambiguës pour établir qu'il existe un sous-ensemble de CD qui n'est pas utilisé par les consommateurs pour copier de la musique.

[44] The notion of "branding" itself is not as simple as it may appear at first blush. First, the parties do not agree on what is branded and what is not.[26] By unbranded, do we mean any CD with a blank surface that is printable or must the packaging also be devoid of any branding? According to the *Flexible Media Report*, it could mean either or.[27] At the hearing, ZEI stated that "you will find an unbranded CD referred to as silver or white printable or thermal printable or inkjet printable."[28] Thus, if we relied on ZEI's description to identify "unbranded" CDs, in perusing the evidence, we would find that most manufacturers, across the spectrum, offer unbranded CDs. CPCC filed a significant amount of advertisement clippings featuring the brands Phillips, Ridata, OEM, PRODISC, Playo, Dysan, Verbatim, Sony and Imation which describe the advertised CDs as printable, unbranded or blank face. Furthermore, CPCC's brand summaries reveal that Fuji, Maxell, Memorex and Sony also offer CDs with printable surfaces.[29] Conversely, there is a sufficient amount of advertising featuring Mitsui, Princo, Taiyo Yuden and Hi-Space CDs with a logo or design. Based on this evidence, we cannot find that on its own, branding establishes the existence of a distinct kind of CD.

[44] La notion de « marquage » elle-même n'est pas aussi simple qu'elle en a l'air à première vue. Tout d'abord, les parties ne s'entendent pas sur ce qui est une marque et ce qui ne l'est pas.[26] Est-ce que tout CD ayant une surface vierge imprimable est un CD sans marque, ou faut-il aussi que l'emballage ne comporte aucun marquage? Selon le rapport *Flexible Media*, les deux sont possibles.[27] À l'audience, ZEI a affirmé que [TRADUCTION] « les CD sans marque sont désignés comme ayant un vernis imprimable argent ou blanc pour impression thermique ou impression jet d'encre. »[28] En nous fondant sur la description de ZEI pour identifier les CD « sans marque » et après une lecture attentive de la preuve, nous conclurions que la plupart des fabricants, dans l'ensemble, offrent des CD sans marque. La SCPCP a déposé une quantité importante de coupures d'annonces publicitaires affichant les marques Phillips, Ridata, OEM, PRODISC, Playo, Dysan, Verbatim, Sony et Imation qui décrivent les CD annoncés comme étant imprimables, sans marque ou vierges. De plus, les rapports sommaires sur certaines marques déposés par la SCPCP révèlent que Fuji, Maxell, Memorex et Sony offrent également des CD avec surface imprimable.[29] À l'inverse, il y a suffisamment d'annonces publicitaires affichant des CD Mitsui, Princo, Taiyo Yuden et Hi-Space ayant un logo ou un dessin. Suivant cette preuve, nous ne pouvons conclure qu'à lui seul, le marquage établit l'existence d'un type distinct de CD.

[45] Second, in addition to the definitional difficulties, discriminating on the basis of branding may give rise to enforcement issues. While it is impossible to "de-brand" a branded CD, it is quite possible and not uncommon to print information on the surface of an unbranded CD either before or after the manufacturer or importer first disposes of it. In fact, according to the Santa Clara reports, unbranded CDs are available from major manufacturers and smaller concerns and are commonly sold as house brand, private label and bulk products.[30]

[45] Ensuite, en plus des difficultés d'ordre sémantique, la distinction fondée sur la marque peut soulever des questions d'application. S'il est impossible d'enlever la marque sur un CD, il est possible, voire courant, d'imprimer des renseignements sur la surface d'un CD sans marque avant ou après que le fabricant ou l'importateur l'ait aliéné. En fait, selon les rapports de Santa Clara, les CD sans marque sont disponibles auprès d'importants fabricants et de plus petites entreprises et sont couramment vendus comme des marques maison, des marques privées et des produits en gros.[30]

[46] Given the way the private copying regime works, dealing with the issue of private labels and house brands would be far from obvious. Subsection 81(1) of the *Act* provides that the levy is paid by the importer or the manufacturer of leviable media. Presumably, if CDs were branded only after the importer has disposed of them, no levy would be paid. Section 80 of the *Act* authorizes the private copying on any audio recording medium irrespective of whether or not a levy was paid; marking the CD would transform it from a professional CD into an audio recording medium. As such, no law would be broken if the subsequently branded CD was used for the private copying of music. Branded or unbranded, CDs can be used to copy music.

[47] Third, nothing in the record suggests that branding in and of itself increases the probability that a CD will be purchased by a consumer, or that the consumer will use the CD to copy music. To begin with, the Santa Clara reports do not state that unbranded CDs exclusively target the commercial or professional market or are not distributed to retailers; rather, they report that unbranded CDs are typically sold by lower tier vendors, by private label vendors or as generic product and distributed to the duplication and office supply sectors.[31] Similarly, the fact that the *CD Tracker* report noted that manufacturers of ZEI brands were more active in the duplication segment of the market cannot be interpreted as meaning that they are inactive in other sectors.[32] On the contrary, other evidence, such as the ZEI sales report, market sightings summary, investigator reports, promotional and marketing activities[33] and customer reviews[34] refute such an assumption.

[48] For these three reasons, branding fails to meet the threshold to serve as a distinguishing characteristic. It is not sufficiently stable and

[46] Compte tenu du fonctionnement du régime de la copie privée, traiter des marques privées et des marques maison serait fort difficile. Le paragraphe 81(1) de la *Loi* prévoit que la redevance est payée par l'importateur ou le fabricant du support assujetti à la redevance. On peut supposer que si un CD était marqué après son aliénation par l'importateur, aucune redevance ne serait versée. L'article 80 de la *Loi* autorise la copie privée sur tout support audio, peu importe si la redevance a été payée; or le marquage transformerait le CD professionnel en support audio. Il n'y aurait donc pas manquement à la loi si le CD subséquemment marqué était utilisé pour la copie privée de musique. Les CD, avec ou sans marque, peuvent être utilisés pour copier de la musique.

[47] Enfin, rien dans le dossier ne semble indiquer que le marquage en soi augmente la probabilité qu'un CD soit acheté par un consommateur ou que ce dernier l'utilise pour copier de la musique. D'abord, les rapports de Santa Clara n'indiquent pas que les CD sans marque visent exclusivement le marché commercial ou professionnel ou qu'ils ne sont pas distribués aux détaillants; ils indiquent plutôt que ces CD sont habituellement vendus par des vendeurs de palier inférieur, par des vendeurs de marques privées ou en tant que produits génériques distribués dans les secteurs de la duplication et des fournitures de bureau.[31] De même, le fait que le rapport *CD Tracker* démontre que les fabricants des marques de ZEI sont plus actifs dans le segment du marché relatif à la duplication ne peut être interprété comme signifiant qu'ils sont inactifs dans d'autres secteurs.[32] Au contraire, d'autres éléments de preuve, comme le rapport des ventes de ZEI, le résumé des observations du marché, les rapports des enquêteurs, les activités promotionnelles et de commercialisation[33] et les critiques de consommateurs[34] réfutent cette hypothèse.

[48] Pour ces motifs, le marquage ne constitue pas une caractéristique suffisamment distinctive. Il n'est pas assez stable et évident pour être

obvious to be verifiable and thus, we are unable to find a clear correlation between branding and consumer use.

[49] Packaging is a clear example of an extrinsic characteristic. One can separate the package from the medium. Accordingly, packaging is an inherently unstable characteristic that could easily be manipulated for tariff avoidance purposes. CDs packaged in a way that rendered them not subject to a levy could easily be repackaged before being distributed in the retail market. If repackaged CDs were ultimately used for the private copying of music, rights holders would be deprived of compensation and would not have any legal recourse for the reasons previously explained. "Typing" CDs on the basis of packaging would unduly complicate the administration of the tariff. CPCC would inevitably need to intensify and expand its enforcement activities to ensure that packaging was not being manipulated for tariff avoidance purposes. In this case, packaging does not meet the threshold to serve as a distinguishing characteristic. It is not sufficiently stable and obvious to be verifiable.

[50] Furthermore, it was unclear to us as to which form of packaging was considered "professional". ZEI spoke of "bulk" packaging without setting out what that meant precisely. Meanwhile, there is no obvious distinction in packaging on the record in the present case. All CDs, branded or unbranded, irrespective of the manufacturer, are packaged in a variety of ways and sizes. Packaging options include hard plastic or shrink wrap spindles, cake boxes, jewel-cases, slim cases, flip boxes, cardboard boxes with sleeves. The number of CDs per package ranges from one to 100 or more. It is reasonable to assume that shrink wrap falls into the "bulk" packaging category and that jewel cases do not. But what about spindles of 100 or more? Is a shrink wrap package of 50 CDs a bulk product? Based on the market sightings of

vérifiable et nous ne sommes donc pas en mesure de trouver une corrélation nette entre le marquage et l'utilisation des consommateurs.

[49] L'emballage est un bon exemple d'une caractéristique extrinsèque. Comme on peut le séparer du support, l'emballage est une caractéristique intrinsèquement instable qui pourrait facilement être manipulée pour éviter de payer des redevances. Les CD emballés de façon à les soustraire à la redevance pourraient facilement être réemballés avant d'être distribués sur le marché du détail. Si les CD réemballés étaient ensuite utilisés pour la copie privée d'œuvres musicales, les titulaires de droits seraient privés de rémunération et n'auraient aucun recours juridique pour les raisons susmentionnées. « Typer » les CD en fonction de leur emballage compliquerait indûment l'administration du tarif. La SCPCP devrait inévitablement intensifier et élargir ses mesures d'application du tarif pour s'assurer que l'emballage n'a pas été manipulé dans le but d'éviter la redevance. En l'espèce, l'emballage n'est pas une caractéristique suffisamment distinctive pour être utile. Il n'est pas suffisamment stable et évident pour être vérifiable.

[50] De plus, nous ne savons toujours pas exactement quelle forme d'emballage était considérée comme « professionnelle ». ZEI a parlé de l'emballage « en vrac » sans définir précisément cette notion. Par ailleurs, rien dans la preuve au dossier n'établit une différence évidente dans l'emballage. Tous les CD, avec ou sans marque et peu importe le fabricant, sont emballés de différentes façons et en diverses quantités : empilés sur une tour puis emballés dans un boîtier rigide ou une pellicule rétrécissable, en carrousels, en boîtiers cristal, en boîtiers minces ou à couvercle articulé, en emballage cartonné en pochettes, et ainsi de suite. Le nombre de CD par emballage varie d'un à cent ou plus. Il est raisonnable de présumer que la pellicule rétrécissable fait partie de la catégorie d'emballage « en vrac » et que

ZEI brands, it would seem that only a small proportion of these CDs are sold with the combined so-called "bulk" characteristics (i.e. in shrink wrap package of 100 units or more).

les boîtiers cristal n'en font pas partie. Mais qu'en est-il des tours de 100 CD ou plus? Le paquet de 50 CD emballé dans une pellicule rétrécissable est-il un produit en vrac? Suivant les observations des marques de ZEI sur le marché, il semblerait que la proportion de ces CD vendus comportant toutes les caractéristiques d'une vente en vrac (c.-à-d. les paquets de 100 unités ou plus emballés dans une pellicule rétrécissable) soit faible.

[51] Based on the available information for 2008, 50 per cent of Mitsui CDs were sold in 100 unit shrink wrap packages; 25 per cent of Princo CDs were sold either in packages of 100 or in shrink wrap but none had both "bulk" attributes, and only 50 per cent of Taiyo Yuden were sold in packages of 100 units and none were in shrink wrap. The information available for the period 2006-2008 was to the same effect. The percentage of Mitsui CDs sold in 100 unit shrink wrap packages dropped to 40 per cent. There were no Princo CDs with both "bulk" packaging characteristics offered for sale. The percentages of Princo CDs sold in packages of 100 dropped to 14.29 per cent and in shrink wrap to 7.14 per cent. The percentages of Taiyo Yuden CDs with both "bulk" characteristics increased, but only to 25 per cent.[35]

[51] Selon les renseignements disponibles pour l'année 2008, 50 pour cent des CD Mitsui étaient vendus en paquets de 100 unités emballés dans une pellicule rétrécissable, 25 pour cent des CD Princo étaient vendus soit en paquets de 100 ou dans une pellicule rétrécissable, mais jamais les deux ensemble, et seulement 50 pour cent des CD Taiyo Yuden étaient vendus dans des paquets de 100 unités, mais aucun n'était emballé dans une pellicule rétrécissable. Les renseignements disponibles pour 2006 à 2008 vont dans le même sens. Le nombre de CD Mitsui vendus en paquets de 100 unités emballés dans une pellicule rétrécissable est tombé à 40 pour cent. Aucun CD Princo ayant les deux caractéristiques d'emballage relatives à la vente en vrac n'était offert en vente. Le nombre de CD Princo vendus en paquets de 100 chutait à 14,29 pour cent et le nombre de CD vendus dans une pellicule rétrécissable tombait à 7,14 pour cent. Le nombre de CD Taiyo Yuden présentant les deux caractéristiques relatives à la vente en vrac augmentait, mais seulement pour atteindre 25 pour cent.[35]

[52] Furthermore, to distinguish professional from other CDs based on the failure to comply with the *CPIA* labelling requirements is even more problematic. To start with, the parties were unable to agree on what the *CPIA* requirements are.[36]

[52] Différencier les CD professionnels des autres CD en fonction du non-respect des exigences d'étiquetage de la *LEEPC* est encore plus problématique. Entre autres, les parties n'ont pas été en mesure de s'entendre sur les exigences de la *LEEPC*.[36]

[53] ZEI argues that there are four readily identifiable labelling requirements imposed by the *CPIA* regarding the sale of prepackaged CDs to consumers for individual use: 1) the

[53] ZEI prétend que la *LEEPC* impose quatre exigences facilement identifiables en matière d'étiquetage relativement à la vente de CD préemballés aux consommateurs pour usage

principal display panel of the label must be located on that part of the container normally displayed to the user; 2) the principal display panel of the label must identify the common name of the product in terms of its generic name or function; 3) the principal display panel of the label must contain a declaration of net quantity of the CDs sold; and, 4) the label (not necessarily the principal display panel) must contain the name and address of the place of business of the producer, or of the person from whom the product was produced for resale.

[54] CPCC contends that insofar as CDs sold in clear wrapping or plastic cases, the requirements of the *CPLA* would be satisfied by the label being located on the box or in an invoice or waybill located inside the box pursuant to section 5 of the *Regulations*,[37] which provides that a label does not have to identify the goods if the contents are visible and identifiable. CPCC also contends that unbranded CDs advertised for sale over the Internet comply with the *CPLA* pursuant to subsection 7(2) of the *Regulations*, which provides that a label does not have to be applied to the container if it is affixed to a "display card" on which the container is mounted by reason that both the product description and numerical count are indicated on the web order form, as well as the manufacturer's name.[38]

[55] ZEI takes issue with CPCC's interpretation of the definition of label, the definition of container and the exclusion at subsection 7(2) of the *Regulations* with respect to mounting a container on a display card. It argues that the shipping boxes of CDs are not "containers" within the meaning of subsection 2(1) of the *CPLA*. ZEI contends that CDs are not prepackaged by the box and there is no evidence that individual consumers purchase CDs by the box. ZEI also contends that unbranded CDs without a label would fail to meet the requirement that the principal display panel of the label must identify the common name of the product in terms of its generic name or function. Purchasers of unbranded blank discs would not

personnel : 1) l'espace principal de l'étiquette doit être situé sur la partie de l'emballage normalement exposée à l'utilisateur; 2) l'espace principal de l'étiquette doit désigner le nom commun ou générique du produit ou sa fonction; 3) l'espace principal de l'étiquette doit comporter une déclaration de la quantité nette des CD vendus; 4) l'étiquette (pas forcément l'espace principal) doit comporter le nom et l'adresse de l'établissement commercial du fabricant ou de la personne pour qui le produit a été fabriqué pour la revente.

[54] La SCPCP prétend que les CD vendus dans un emballage transparent ou dans des boîtiers en plastique respectent les exigences de la *LEEPC* si l'étiquette figure sur la boîte, sur une facture ou sur une lettre de transport située à l'intérieur de la boîte conformément à l'article 5 du *Règlement*,[37] qui prévoit qu'une étiquette n'a pas besoin d'identifier le produit s'il demeure visible et identifiable. La SCPCP prétend également que les CD sans marque annoncés en vente sur Internet respectent la *LEEPC* conformément au paragraphe 7(2) du *Règlement*, lequel prévoit qu'une étiquette n'a pas à être apposée sur l'emballage si le produit comprend une « carte réclame », car la description du produit et le nombre d'unités, ainsi que le nom du fabricant, sont indiqués sur le bon de commande en ligne.[38]

[55] ZEI conteste l'interprétation que la SCPCP donne aux définitions d'étiquette et d'emballage et de l'exclusion au paragraphe 7(2) du *Règlement* se rapportant à l'emballage comportant une carte réclame. Elle prétend que les boîtes d'expédition de CD ne sont pas des « emballages » au sens du paragraphe 2(1) de la *LEEPC*. ZEI prétend que les CD ne sont pas préemballés dans des boîtes et que rien n'indique que les consommateurs achètent des CD à la boîte. ZEI affirme également que les CD sans marque et sans étiquette ne satisferaient pas à l'exigence selon laquelle l'espace principal de l'étiquette doit désigner le nom commun ou générique du produit ou sa fonction. Les acheteurs de disques vierges sans

be able to identify, by visual means, whether they were purchasing blank CDs or DVDs. Moreover, an invoice and label are clearly two separate things. The purpose of a label is to identify a product which suggests some form of physical attachment to the product. The purpose of an invoice is to confirm a sale transaction and is not physically attached to the prepackaged product, but rather handed to the purchaser or enclosed with the shipping container. If it was sufficient that the information be contained in an invoice handed to the purchaser, the *CPLA* would have provided as much. Finally, a display card is a tangible object. Thus, for the display card exclusion to apply, the container must be physically mounted to the display card. The terms of the exclusion do not open the door to the idea that the exclusion could apply to the virtual mounting of a container to a web page.

[56] The interpretation and application of the *CPLA*, while probably not as generous as CPCC contends, is not as obvious or clear-cut as ZEI would have us believe. The parties' divergent positions demonstrate that the *CPLA* leaves ample room for interpretation as to what is and what is not intended for consumers. It also bears noting that ZEI chose to ignore some of the *CPLA* requirements, including those dealing with language, which in our view are highly relevant in a Canadian context. ZEI argued that "the bilingual requirement has all sorts of -- if you look over the Regulations and the Act, there are exceptions to the bilingual requirement."[39] ZEI did not contend that the exceptions applied to recording media. It simply chose to limit its argument to the four other requirements.

[57] Granted, it is fair to accept as a presumption that CDs sold in packages that do not comply with the *CPLA* or the *Regulations* are not intended for consumer use. This characteristic certainly speaks to the apparent purpose, which the Board has stated was

marque ne seraient pas en mesure de savoir, à première vue, s'ils achètent des CD ou des DVD vierges. De plus, la facture et l'étiquette sont clairement des éléments distincts. L'étiquette vise à identifier un produit, ce qui suppose un quelconque lien physique avec ce dernier. La facture vise à confirmer une vente et n'est pas physiquement attachée au produit préemballé, mais plutôt remise à l'acheteur ou jointe à l'emballage d'expédition. S'il suffisait que les renseignements soient inscrits sur une facture remise à l'acheteur, la *LEEPC* l'aurait prévu ainsi. Enfin, une carte réclame est un objet tangible. Ainsi, pour que l'exclusion de la carte réclame s'applique, celle-ci doit être physiquement comprise dans l'emballage. Selon les conditions de l'exclusion, celle-ci ne pourrait s'appliquer à une carte réclame virtuelle sur une page Web.

[56] La *LEEPC*, bien qu'elle soit probablement moins généreuse que le prétend la SCPCP, n'est pas aussi facile à interpréter et à appliquer que ZEI le laisse croire. Les positions divergentes des parties démontrent que la *LEEPC* laisse amplement de place à l'interprétation en ce qui concerne les produits qui sont destinés aux consommateurs et ceux qui ne le sont pas. Il convient également de souligner que ZEI a choisi d'ignorer certaines exigences de la *LEEPC*, notamment celles portant sur la langue, lesquelles sont, selon nous, hautement pertinentes dans un contexte canadien. ZEI a affirmé que [TRADUCTION] « l'exigence relative au bilinguisme a toute sorte de – le Règlement et la Loi comportent clairement des exceptions à l'exigence relative au bilinguisme. »[39] ZEI n'a pas indiqué que les exceptions s'appliquaient au support d'enregistrement. Elle a simplement choisi de limiter ses arguments aux quatre autres exigences.

[57] Nous reconnaissons qu'il est raisonnable de présumer que les CD vendus en paquets non conformes à la *LEEPC* ou au *Règlement* ne sont pas destinés aux consommateurs. Cette présomption relève de l'objet apparent du support, une caractéristique que la Commission

relevant.[40] However, there is enough evidence of retailer non-compliance with the *CPLA* in the retail marketplace and on the Web to refute the presumption.[41] Blank CD retailers as a group appear to be far more likely to ignore *CPLA* requirements than, say, supermarkets in respect of food labelling. Finally, whether the package in which a CD is sold complies or not with the *CPLA* is inconsequential insofar as determining whether the CD has the capability and convenience as a medium on which consumers can copy music. Thus, we cannot find that there is a correlation between non-compliant *CPLA* labelling and consumer use. The characteristic is not sufficiently obvious and stable to be verifiable. *CPLA* compliance could be manipulated for levy avoidance purposes in the same way as packaging. Consequently, non-compliant *CPLA* labelling does not constitute an appropriate distinguishing characteristic.

a jugée pertinente.[40] Toutefois, il y a suffisamment d'éléments de preuve permettant de conclure que certains détaillants ne respectent pas la *LEEPC* sur le marché du détail et sur le Web pour réfuter la présomption.[41] Dans l'ensemble, les détaillants de CD vierges semblent beaucoup plus enclins à ignorer les exigences de la *LEEPC* que, par exemple, les supermarchés à l'égard de l'étiquetage alimentaire. Enfin, le fait que l'emballage dans lequel est vendu le CD soit conforme ou non à la *LEEPC* n'a aucune incidence sur la question de savoir si le CD a la capacité et la commodité d'un support sur lequel les consommateurs peuvent copier de la musique. Par conséquent, nous ne pouvons conclure qu'il existe une corrélation entre l'étiquetage non conforme à la *LEEPC* et l'utilisation des consommateurs. Cette caractéristique n'est pas suffisamment évidente et stable pour être vérifiable. On pourrait se servir de la *LEEPC* pour éviter de payer des redevances au même titre que l'on peut modifier l'emballage. Par conséquent, l'étiquetage non conforme à la *LEEPC* ne constitue pas une caractéristique distinctive appropriée.

[58] Thus, branding, packaging and labelling characteristics, considered on their own or cumulatively, only tend to show that a medium is used for multiple purposes, one of which is copying music. Evidence about marketing and promotional activities supports a finding that there is no distinction between professional and other data CDs insofar as their intended purpose.[42]

[58] Ainsi, les caractéristiques relatives au marquage, à l'emballage et à l'étiquetage, considérées individuellement ou cumulativement, tendent seulement à démontrer qu'un support est utilisé à de nombreuses fins, notamment pour copier de la musique. La preuve concernant les activités de commercialisation et de promotion étaye la conclusion selon laquelle il n'existe aucune différence entre les CD professionnels et les autres CD de données en ce qui a trait à leur utilisation éventuelle.[42]

2. The Record Does Not Disclose That Consumer Use of Professional CDs to Copy Music Is so Low That These CDs Do Not Meet the Definition of "Audio Recording Medium"

2. Le dossier ne démontre pas que l'utilisation de CD professionnels par les consommateurs est si faible que ces CD ne correspondent pas à la définition de « support audio »

[59] Even if it were possible to distinguish between professional and other CDs on the basis

[59] Même s'il était possible de différencier les CD professionnels des autres en se fondant sur

of the proposed characteristics, we find that actual consumer use of professional CDs to copy music is not so marginal that they fail to meet the statutory definition of "audio recording medium". Rather than establishing the existence of a distinct kind of medium, the diverging extrinsic characteristics show that CDs are used for multiple purposes by all users, including by individual consumers to copy music.

[60] In analysing whether certain characteristics affect the "ordinary use" of a medium, it is necessary to focus on consumer use, to the exclusion of others.[43] Sometimes, this involves looking at the relative importance of consumer use of a particular medium. A medium essentially reserved for corporate or professional uses will not qualify even if a few eccentric individuals use the technology to make private copies of music.[44] Conversely, the fact that only one or five per cent of a given type of medium is sold to individual consumers does not mean that it does not qualify.[45] So long as a non-marginal number of consumers use a medium for private copying in a fashion that is not marginal, it will be leviable. Consequently, "ordinary use, as that expression is found in the definition of 'audio recording medium', ought to be interpreted as including all non-negligible uses."[46]

[61] More concretely, in *PC I*, the Board stated that MiniDiscs were leviable even if the media accounted for only one per cent of total sales.[47] In *PC IV*, the Board reached the same conclusion even though by then there were fewer sound recordings being copied on MiniDiscs than onto cassettes.[48] Similarly, in *PC I*, a levy was imposed on CDs even though only five per cent of them were used by

les caractéristiques proposées, nous estimons que l'utilisation réelle de ces CD par les consommateurs pour copier de la musique n'est pas marginale au point de les soustraire à la définition de « support audio ». Plutôt que d'établir l'existence d'un type distinct de support, les caractéristiques extrinsèques divergentes démontrent que les CD sont utilisés par tous pour de nombreuses raisons, notamment par les consommateurs pour copier de la musique.

[60] Pour déterminer si certaines caractéristiques ont une incidence sur « l'utilisation habituelle » d'un support, il est nécessaire de se concentrer sur l'utilisation par les consommateurs, à l'exclusion d'autres utilisateurs.[43] Pour répondre à cette question, il faut parfois examiner l'importance relative de l'utilisation d'un support donné par les consommateurs. Un support réservé essentiellement à un usage commercial ou professionnel ne sera pas assujetti à la redevance même si quelques consommateurs excentriques s'en servent pour faire de la copie privée.[44] À l'inverse, le fait que seulement un ou cinq pour cent des supports d'un type donné soient vendus aux consommateurs ne signifie pas que le support n'est pas admissible.[45] Le support sera assujetti à la redevance tant et aussi longtemps qu'un nombre non négligeable de consommateurs s'en servent pour faire de la copie privée d'une manière qui n'est pas marginale. Par conséquent, « il convient d'interpréter l'utilisation habituelle visée par la définition de "support audio" comme une utilisation qui comprend tous les emplois non négligeables. »[46]

[61] Plus concrètement, dans *CP I*, la Commission a affirmé que les MiniDisc étaient assujettis à la redevance même si ce support ne représentait qu'un pour cent du total des ventes.[47] Dans *CP IV*, la Commission a tiré la même conclusion même si, à cette époque, il y avait moins d'enregistrements sonores copiés sur des MiniDisc que sur des cassettes[48]. De même, dans *CP I*, une redevance avait été

individual consumers to copy music.[49] If one looks at the combined sales volumes of CD-Rs and CD-RWs for 1998 to 2000,[50] which amounted to 21 million, 46 million and 88 million respectively, this means that the Board believed that the sale of 1.05 million, 2.3 million and 4.3 million units satisfied the threshold of "ordinary use".

imposée sur les CD même si seulement cinq pour cent de ces supports étaient utilisés par les consommateurs pour copier de la musique.[49] L'analyse des ventes combinées de CD-R et de CD-RW entre 1998 et 2000,[50] qui totalisaient 21 millions, 46 millions et 88 millions, respectivement, montre que la Commission estimait que la vente de 1,05 million, de 2,3 millions et de 4,3 millions d'unités répondait au critère de l'« utilisation habituelle ».

[62] In comparison, the sales volumes of professional CDs to outlets open to individual consumers surpass this "ordinary use" threshold simply by taking into consideration ZEI's sales. The weighted sales of the four ZEI brands (used here as proxy for professional CDs) to resellers exclusively amount to 5,475,645 out of a total of 30,213,966, or 18.1 per cent of ZEI's total sales. If one includes companies that are both resellers and duplicators, the sales increase to 9,468,824 or 31.3 per cent of ZEI's total sales. The numbers speak for themselves; consumer access to professional CDs is not trivial. It is even more so, if we add the levied sales of zero-rated importers and vendors.[51]

[62] En comparaison, les livraisons de CD professionnels aux points de vente ouverts aux consommateurs surpassent ce plancher d'« utilisation habituelle » simplement en tenant compte des ventes de ZEI. Le nombre pondéré de CD des quatre marques de ZEI (traitées ici comme équivalant aux CD professionnels) vendus exclusivement aux détaillants se chiffre à 5 475 645 unités sur un total de 30 213 966 unités, ou 18,1 pour cent des ventes totales de ZEI. Si l'on inclut les ventes aux entreprises qui sont à la fois des détaillants et des entreprises de duplication, les ventes passent à 9 468 824 unités, soit 31,3 pour cent des ventes totales de ZEI. Ces chiffres sont éloquents; l'accès des consommateurs aux CD professionnels n'est pas négligeable. Les chiffres sont encore plus révélateurs si nous ajoutons les ventes des importateurs et vendeurs exonérés qui sont assujettis à la redevance.[51]

[63] Market availability is not, in and of itself, proof of actual use by consumers to copy music, let alone an ordinary use. However, there is direct and indirect evidence demonstrating that professional CDs are available where consumers shop and that non-marginal purchases have been made by consumers in stores and online.[52] Investigators not posing as professional users made a sufficient number of purchases of professional CDs in retail stores that are clearly accessible to the general public to support that conclusion.[53] We are cognizant that we must weigh this type of evidence carefully, as investigators with a mandate do not truly conduct themselves as ordinary individuals, even if they purport to do so. Still, this evidence

[63] La disponibilité sur le marché n'est pas, en soi, une preuve d'utilisation réelle par les consommateurs pour copier de la musique, et encore moins une preuve d'utilisation habituelle. Toutefois, des éléments de preuve directs et indirects démontrent que les CD professionnels sont disponibles aux endroits où les consommateurs font leurs achats et que ces derniers ont acheté ces CD en magasin et en ligne d'une manière non négligeable.[52] Les enquêteurs qui ne se sont pas fait passer pour des utilisateurs professionnels ont acheté suffisamment de CD professionnels dans des magasins au détail manifestement accessibles au public pour étayer cette conclusion.[53] Nous sommes conscients qu'il faut pondérer ce type

establishes that unbranded CDs are being offered to the general public and presumably, more than a few eccentric individuals are purchasing these CDs, otherwise retailers would cease selling them. Furthermore, based on the customer reviews of Internet purchases, we know that individual consumers are indeed purchasing unbranded CDs.[54] The same reasoning applies to the purchases made by Ms. Gelbloom.

de preuve avec soin, puisque des enquêteurs mandatés ne se conduisent pas réellement comme des personnes normales, même s'ils le prétendent. Néanmoins, cette preuve établit que les CD sans marque sont offerts au public et qu'ils sont vraisemblablement achetés par davantage que quelques excentriques. Autrement, les détaillants cesseraient de les vendre. De plus, d'après les commentaires formulés par des consommateurs ayant acheté des CD sur Internet, nous savons que les consommateurs achètent bel et bien des CD sans marque.[54] Le même raisonnement s'applique aux achats faits par M[me] Gelbloom.

[64] Marketing and promotional activities also support the position that consumers purchase professional CDs and use them no differently than other data CDs. Unbranded CDs are being promoted to copy music, albeit not to the same extent as branded CDs. For example, the promotional material quoted in footnote 33, *supra,* shows that Taiyo Yuden CDs are promoted for both professional and consumer audio recording applications, for "outperform[ing] the competition in recording accuracy and superior durability of data and audio applications"; Princo CDs are promoted as "[...] the ideal choice for applications such as video recording, MP3 storage, audio CDs, digital photos and desktop publishing [...]"; and, Hi-Space CDs are being promoted as "great for storing music, games and video's".[55]

[64] Les activités de commercialisation et de promotion étayent également la thèse selon laquelle les consommateurs achètent des CD professionnels et ne les utilisent pas différemment des autres CD de données. Les CD sans marque sont vendus pour copier de la musique, bien que pas dans la même mesure que les CD avec marque. Par exemple, le matériel publicitaire cité dans la note 33, *supra*, démontre que les CD Taiyo Yuden sont vendus pour des applications d'enregistrement audio destinées tant aux professionnels qu'aux consommateurs, pour [TRADUCTION] « surpasser la concurrence en ce qui a trait à la précision des enregistrements et à la durabilité supérieure des applications audio et de données »; les CD Princo sont annoncés comme étant [TRADUCTION] « [...] le choix idéal pour les applications comme l'enregistrement vidéo, le stockage de MP3, les CD audio, les photos numériques et l'éditique [...] »; et les CD Hi-Space sont annoncés comme étant [TRADUCTION] « idéals pour stocker de la musique, des jeux et des vidéos ».[55]

[65] Therefore, even though duplicators, businesses or techies may be much more likely to purchase unbranded bulk CDs, we find, based on the evidence, that the proportion of professional CDs reaching consumers is not negligible, and that consumers who do purchase professional CDs are just as likely to use them to copy music as other CDs. Essentially, the situation is similar

[65] Par conséquent, même si les entreprises de duplication, les commerces ou les technophiles sont bien plus susceptibles d'acheter des CD sans marque en vrac, la preuve nous amène à conclure que la proportion de CD professionnels destinés aux consommateurs est non négligeable et que les consommateurs qui achètent des CD professionnels sont aussi enclins à les utiliser

to that of CDs in *PC I*, where the Board found that "recordable and rewritable CDs were ordinarily used by individual consumers, even though, as a proportion of total blank CDs sold, individual consumers accounted for a relatively small share. The evidence clearly established that individual consumers who did use blank CDs, often used them for copying music, and that, in total, a very substantial number of CDs were used for that purpose."[56]

pour copier de la musique que les autres CD. La situation est essentiellement similaire à celles des CD dans *CP I*. La Commission a alors conclu que « les CD enregistrables et réinscriptibles étaient habituellement utilisés par les consommateurs, même si ces derniers représentaient une part relativement faible du nombre total de CD vierges vendus. La preuve a clairement établi que parmi les consommateurs qui utilisaient des CD vierges, plusieurs se servaient de ces CD afin de copier de la musique et qu'au total, un nombre très élevé de CD était utilisé à cette fin. »[56]

[66] In conclusion, based on the analysis of both the characteristics and the use by consumers of CDs, there is no basis on which we could segregate professional CDs in this instance.

[66] En conclusion, suivant l'analyse des caractéristiques et de l'utilisation de CD par les consommateurs, rien ne nous permet de distinguer les CD professionnels en l'espèce.

[67] We also have doubt, given the evidence in this case, that professional CDs can be segregated because data CDs are a single type of medium.

[67] Compte tenu de la preuve en l'espèce, nous doutons également que les CD professionnels puissent se distinguer parce que les CD de données sont un type de support unique.

[68] The bar must be set even higher to succeed in segregating a medium into separate types based on extrinsic characteristics. Extrinsic characteristics, in the absence of other intrinsic distinctions, show only that versatile media are used for multiple purposes, one of which is copying music. Based on our knowledge and the record before us, this is exactly the case for CDs.

[68] Il en faut encore davantage pour réussir à séparer un support en différents types en fonction des caractéristiques extrinsèques. Les caractéristiques extrinsèques, en l'absence d'autres distinctions intrinsèques, démontrent seulement que les supports polyvalents sont utilisés pour de nombreuses raisons, notamment pour copier de la musique. Selon nos connaissances et le dossier dont nous sommes saisis, c'est exactement le cas des CD.

[69] Having said this, we do not need to decide whether or not it is possible to segregate a medium based on non-intrinsic characteristics since the record clearly conveys that there is no obvious characteristic distinguishing CDs.

[69] Cela dit, il n'est pas nécessaire de décider s'il est possible de séparer un support en fonction des caractéristiques non intrinsèques puisque le dossier indique clairement que les CD n'ont aucune caractéristique distinctive évidente.

VII. Determination of the levy rate

VII. Détermination du taux de redevance

[70] It is now necessary to consider CPCC's request for the tariff for 2010.

[70] Il nous faut maintenant examiner la demande de la SCPCP pour le tarif de 2010.

A. Audio Recording Media

[71] In our opinion, the time has come to review whether the blank media that were previously subject to a levy still qualify as media ordinarily used by individual consumers to make private copies. The following table shows the proportion of all private copying made onto specific media.

A. Support audio

[71] À notre avis, il convient maintenant de revoir si les supports vierges précédemment assujettis à la redevance sont toujours habituellement utilisés par les consommateurs pour faire de la copie privée. Le tableau suivant montre la proportion de toutes les copies privées effectuées sur un support précis.

TABLE/TABLEAU

Percentage of total private copies of tracks made by media type (1999-2009)
Pourcentage du total des copies privées de pistes en fonction du type de support (1999-2009)

	1999-2000	**2001-2002**	**2005-2006**	**2006-2007**	**2008-2009**
Audiocassette/Cassette audio	306.3M (54%)	173.4M (19%)	36.4M (4%)	26.1M (2%)	8.9M (1%)
CD	234.1M (41%)	706.1M (76%)	639.4M (69%)	696.5M (43%)	265.7M (21%)
DVD	n/a s.o.	n/a s.o.	0.5M (0%)	29.4M (2%)	57.1M (4%)
Digital Audio Recorder/Enregisteur audionumérique	n/a s.o.	n/a s.o.	206.8M (22%)	807.8M (50%)	860.4M (68%)
Others/Autres	28.6M (5%)	43.4M (5%)	47.2M (5%)	70.3M (4%)	79.1M (6%)
Total	569.0M	932.8M	930.3M	1,630.1M	1,271.2M

Note: These figures were taken from the Réseau Circum Inc. reports filed with the Board with respect to the various private copying tariffs. Totals may not add up due to rounding. The total number of private copies by media type does not correspond to total indicated for 2001-2002 due to the imprecision of certain responses.

Note : Ces chifres sont tirés des rapports de Réseau Circum Inc. déposés auprès de la Commission en ce qui a trait aux différents tarifs pour la copie privée. Il se peut que les totaux ne concordent pas du fait que les données ont été arrondies. Le nombre total de copies privées par type de support ne correspond pas au total indiqué pour 2001-2002 en raison de l'imprécision de certaines réponses.

[72] It can be seen from the Table that the percentage of private copying being done on audiocassettes has consistently decreased since 1999. From 2 per cent in 2006-2007, it fell to less than 1 per cent in 2008-2009. In absolute terms, the number of tracks copied onto audio

[72] Il ressort du Tableau que le pourcentage de copies privées effectuées sur des audiocassettes a systématiquement diminué depuis 1999. De 2 pour cent en 2006-2007, il est tombé à moins de 1 pour cent en 2008-2009. En termes absolus, le nombre de pistes copiées sur des audiocassettes

cassettes fell from 26.1 million in 2006-2007 to 8.9 million in 2008-2009. By comparison, the number of private copies made onto DVDs, which the Board did not qualify as an audio recording medium ordinarily used by consumers to private copy music,[57] is about six times more in 2008-2009.

[73] The percentage of Canadians who have used an audiocassette for any purpose in the last 12 months fell to 3 per cent in 2008-2009. This compares to 7 per cent for DVDs, which, as noted above, did not qualify as an audio recording medium. The percentage of audio cassettes being used to copy music declined from 57 per cent in 2006-2007 to 43 per cent in 2008-2009.

[74] In our opinion, based on the above information, the use of audiocassettes to copy music has now become a marginal behaviour. Even though audiocassettes are used to copy music in a percentage of 43 per cent, they are now used so rarely that they are the exception, rather than the rule. Quite clearly, audiocassettes have become an outdated technology for making private copies of music and in our view, are not now being ordinarily used by consumers for such use.

[75] The same cannot be said of CDs. Although the percentage of all private copies made on CDs is also decreasing, the percentage for 2008-2009 is 21 per cent. The percentage of Canadians using CDs for any purpose is at 15 per cent. CDs are being used to copy music in a percentage of 44 per cent. Thus, in our opinion, CDs continue to qualify as a medium under the private copying regime.

[76] Insofar as MiniDiscs are concerned, we do not have specific information on their use for the purpose of private copying. These have been

a chuté entre 2006-2007 et 2008-2009, passant de 26,1 millions à 8,9 millions. En comparaison, le nombre de copies privées effectuées sur des DVD, que la Commission n'a pas considérés comme un support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour faire de la copie privée,[57] est environ six fois plus élevé en 2008-2009.

[73] Le nombre de Canadiens ayant utilisé des audiocassettes, toutes utilisations confondues, au cours des 12 derniers mois a chuté à 3 pour cent en 2008-2009, comparativement à 7 pour cent pour les DVD, lesquels, comme nous l'avons dit, n'étaient pas considérés comme un support audio. Le pourcentage d'audiocassettes ayant été utilisées pour copier de la musique a diminué, passant de 57 pour cent en 2006-2007 à 43 pour cent en 2008-2009.

[74] À notre avis, compte tenu des renseignements susmentionnés, l'utilisation d'audiocassettes pour copier de la musique est désormais une habitude marginale. Même si l'utilisation d'audiocassettes pour copier de la musique se chiffre à 43 pour cent, ces supports sont si rarement utilisés qu'ils constituent l'exception plutôt que la règle. Manifestement, les audiocassettes sont devenues une technologie désuète pour copier de la musique et nous estimons qu'elles ne sont plus habituellement utilisées par les consommateurs à cette fin.

[75] On ne peut pas en dire autant des CD. Bien que le nombre de copies privées effectuées sur des CD diminue également, il s'est chiffré à 21 pour cent en 2008-2009. Le pourcentage des Canadiens qui utilisent des CD, toutes fins confondues, s'établit à 15 pour cent, alors que 44 pour cent d'entre eux sont utilisés pour copier de la musique. Nous sommes donc d'avis que les CD constituent toujours un support assujetti au régime de copie privée.

[76] S'agissant des MiniDisc, nous n'avons pas de renseignements précis sur leur utilisation à des fins de copie privée. Ils ont toujours été

subject to the same levy rates as the audio line of CD-Rs and CD-RWs, which were later amalgamated to CD-Rs and CD-RWs. In the absence of specific information, we will leave their status unchanged for this tariff.

B. CD-R, CD-RW, CD-R Audio, CD-RW Audio and MiniDiscs Levy Rates

[77] To determine the rates for recordable CDs and MiniDiscs for 2010, we again use the valuation model proposed by Messrs. Stohn and Audley, used by the Board in most of its past decisions. CPCC has reiterated that the market for digital downloads is their preferred proxy. We continue to believe that this market is potentially a better proxy. However, as was the case in *PC V*, there is still insufficient information in respect of the remuneration of two of the three types of rights holders, namely the performers and the makers, for us to use it at the present time. Therefore, we continue to use the prerecorded CD proxy.

[78] CPCC proposes a new adjustment to the proxy model in 2010 to take into account the additional value resulting from consumers making copies of selected individual tracks rather than of an entire album. This adjustment is discussed in detail later in these reasons.

[79] In what follows, all references to lines are to lines in the Appendix.

1. Authors' Remuneration

[80] Messrs. Stohn and Audley estimate the weighted average of royalty rates applicable to mechanical licenses issued by the Canadian Musical Reproduction Rights Agency

assujettis au même taux de redevance que les CD-R Audio et les CD-RW Audio, eux-mêmes assimilés par la suite aux CD-R et aux CD-RW. En l'absence de renseignements précis, nous ne modifierons pas leur statut pour ce tarif.

B. Les taux de redevance pour les CD-R, les CD-RW, les CD-R Audio, les CD-RW Audio et les MiniDisc

[77] Pour déterminer les taux à l'égard des CD enregistrables et des MiniDisc pour 2010, nous utilisons de nouveau le modèle d'évaluation proposé par MM. Stohn et Audley et utilisé par la Commission dans la plupart de ses décisions antérieures. La SCPCP a réitéré qu'elle préfère se servir du marché des téléchargements numériques comme modèle de référence. Nous sommes toujours d'avis que ce marché est potentiellement le meilleur modèle. Toutefois, comme dans *CP V*, les renseignements dont nous disposons sur la rémunération de deux des trois types de titulaires de droits, à savoir les artistes-interprètes et les producteurs, ne sont toujours pas suffisants pour nous permettre d'utiliser ce modèle à l'heure actuelle. Par conséquent, nous continuerons d'utiliser le marché du CD préenregistré comme modèle de référence.

[78] La SCPCP propose un nouvel ajustement au modèle de référence afin de tenir compte de la valeur additionnelle résultant du fait que les consommateurs copient des pistes individuelles sélectionnées plutôt qu'un album complet. Cet ajustement est analysé en détail plus loin dans les présents motifs.

[79] Dans l'analyse qui suit, toutes les lignes indiquées entre parenthèses renvoient aux lignes correspondantes en annexe.

1. Rémunération des auteurs

[80] Pour l'année 2010, MM. Stohn et Audley estiment à 8,4 ¢ par piste la moyenne pondérée des taux de redevance applicables aux licences de reproduction mécanique délivrées par

(CMRRA) and the Society for the Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) at 8.4¢ per track for 2010. After applying deductions to account for controlled composition clauses, free goods provisions and songs that are longer than five minutes, they obtain a rate of 7.45¢. This is the rate we use.

[81] Messrs. Stohn and Audley estimate that record club and budget-line sales are now only 8.9 per cent of total sales. Applying the same 25 per cent discount as in the past results in a discount of 2.23 per cent (8.9 x 0.25), and an effective average royalty per track on a prerecorded CD of 7.28¢. Using an average number of tracks on a prerecorded CD of 15, the author's remuneration is $1.0922. (Line F)

2. Performers' and Makers' Remuneration

[82] As we noted in *PC V*, most record companies now base royalties on the published price to dealers (PPD). We accept this basis and use the average PPD of $12.98 provided by CPCC. We also set the typical royalty rate for performers at 15 per cent of the PPD as calculated by Messrs. Stohn and Audley, increasing this proportion by half to account for the makers' portion of the remuneration. (Line L)

[83] We then apply a 10 per cent discount for high-volume sales and a 50 per cent discount for record club and budget-line sales (Line K). Adding the payment of 7¢ made to the American Federation of Musicians (AFM) results in a combined performers' and makers' remuneration of $2.5944. The resulting total remuneration per prerecorded CD for authors, performers and makers is $3.6866 (1.0922 + 2.5944).

l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux limitée (CMRRA) et la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC). Après avoir ajusté les taux pour tenir compte des clauses de composition contrôlée, des dispositions relatives aux produits gratuits et des chansons qui durent plus de cinq minutes, ils ont obtenu le taux de 7,45 ¢. C'est le taux que nous utilisons.

[81] MM. Stohn et Audley estiment que les ventes des clubs de disques et de gammes à rabais ne représentent désormais que 8,9 pour cent des ventes totales. En appliquant la même réduction que dans le passé, soit 25 pour cent, on obtient un escompte de 2,23 pour cent (8,9 x 0,25) et une redevance moyenne effective par piste sur un CD préenregistré de 7,28 ¢. Si on estime qu'un CD préenregistré comporte en moyenne 15 pistes, la rémunération de l'auteur revient à 1,0922 $ (ligne F).

2. Rémunération des artistes-interprètes et des producteurs

[82] Comme nous l'avons indiqué dans *CP V*, la plupart des maisons de disques calculent maintenant leurs redevances en fonction du prix publié au détaillant (PPD). Nous acceptons ce calcul et utilisons le PPD moyen de 12,98 $ fourni par la SCPCP. Nous avons également fixé le montant habituel de la redevance à 15 pour cent du PPD, tel que calculé par MM. Stohn et Audley, augmentant cette proportion de moitié pour tenir compte de la portion de la rémunération des producteurs (ligne L).

[83] Nous appliquons ensuite un escompte de 10 pour cent pour les ventes aux meilleurs clients et un escompte de 50 pour cent pour les ventes des clubs de disques et de gammes à rabais (ligne K). Une fois ajouté le versement de 7 ¢ à l'*American Federation of Musicians* (AFM), les artistes-interprètes et les producteurs reçoivent, ensemble, une rémunération de 2,5944 $. Ainsi, la rémunération totale des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs par CD

préenregistré équivaut à 3,6866 $ (1,0922 + 2,5944).

3. Qualifying Repertoire Adjustment

[84] The use of the authors' qualifying repertoire remains unchanged at 96 per cent while that of the qualifying repertoire of performers and makers is now 33 and 25 per cent respectively, a slight increase compared to what the Board used in the past. Taking into account the equal split between performers and makers, these repertoire adjustments bring the imputed remuneration to $1.8009. (Line T)

3. Ajustement relatif au répertoire admissible

[84] L'utilisation du répertoire admissible des auteurs demeure à 96 pour cent alors que celle du répertoire admissible des artistes-interprètes et des producteurs se chiffre maintenant à 33 et à 25 pour cent, respectivement, ce qui représente une légère augmentation par rapport au pourcentage que la Commission utilisait par le passé. En tenant compte du partage égal entre les artistes et les producteurs, ces ajustements donnent une rémunération estimée à 1,8009 $ (ligne T).

4. Adjustment for Ancillary Nature of Activity

[85] As we have done in the past, we apply a deduction of 50 per cent to the 24 per cent of private copies that are made of a prerecorded CD that the copier owns and a deduction of 25 per cent on all other copies. The resulting adjusted remuneration is $1.2426, and, using an average of 15 tracks per prerecorded CD, an adjusted remuneration per track of 8.28¢. (Line X)

4. Ajustement relatif à la nature accessoire de l'activité

[85] Comme nous l'avons fait par le passé, nous appliquons une déduction de 50 pour cent aux 24 pour cent des copies privées de CD préenregistrés appartenant aux copistes ainsi qu'une déduction de 25 pour cent sur toutes les autres copies. Ainsi, la rémunération ajustée revient à 1,2426 $ et, si l'on se fonde sur une moyenne de 15 pistes par CD préenregistré, la rémunération ajustée par piste revient à 8,28 ¢ (ligne X).

5. Adjustment for Value Added Through Selection of Individual Tracks

[86] CPCC submits that when individuals make private copies of recorded music, they are most frequently copying either selected tracks from a single album or selected tracks from more than one album in order to make a compilation. According to CPCC, greater monetary value attaches to tracks that consumers have selected than to tracks purchased as part of an album.

[87] CPCC contends they now have evidence of the extent of the premium attached to selected tracks as a result of several years of operation in Canada of online music services such as iTunes.

5. Ajustement relatif à la valeur ajoutée découlant de la sélection de pistes individuelles

[86] Selon la SCPCP, les personnes qui font de la copie privée copient la plupart du temps des pistes sélectionnées provenant d'un même ou de plusieurs albums afin d'en faire une compilation. La SCPCP affirme que la valeur des pistes individuelles sélectionnées par les consommateurs est plus élevée que celle des pistes faisant partie d'un album.

[87] La SCPCP prétend qu'elle connaît maintenant l'importance du supplément généré par les pistes sélectionnées individuellement grâce aux services de musique en ligne comme

Such services offer consumers the opportunity to buy either individual tracks or complete albums. Therefore, CPCC submits that in order to establish the appropriate value of a private copy, it would be better to amend the current methodology to reflect the fact that, generally speaking, selected tracks rather than complete albums are copied.

[88] CPCC notes that the Board applied the same principle when it stated that "[…] a page that is photocopied has value added by the mere fact that it was picked."[58] CPCC contends the statement is equally applicable to this tariff.

[89] To calculate what the actual adjustment for value added through selection of individual tracks should be, Messrs. Stohn and Audley submit that 80 per cent of all tracks copied were either selected tracks from an individual album (5 per cent) or a compilation of tracks selected from more than one album (75 per cent). They also submit that based on the 2008 sales reports of the online music services,[59] the average price of a single track sold was $1.05 and that the average price of a track sold as part of an album was 75¢. Messrs. Stohn and Audley therefore submit that a 40 per cent premium (($1.05 – 0.75) / 0.75) should be attached to the ability to select individual tracks of an album. Since this premium only applies to the 80 per cent of tracks privately copied, the value-added adjustment should be 32 per cent (0.80 × 40).

[90] We are of the opinion that the mere fact that an individual track is selected for copying (as opposed to a complete album) provides additional value to this track. We agree that the price structure used by the online music services is a reflection of such a difference in value. In

iTunes qui exercent leurs activités depuis plusieurs années au Canada. Ces services offrent aux consommateurs la possibilité d'acheter des pistes musicales individuelles ou des albums complets. Par conséquent, la SCPCP affirme qu'afin d'établir la valeur appropriée d'une copie privée, il serait préférable de modifier la méthode actuelle pour tenir compte du fait que, en règle générale, ce sont les pistes sélectionnées individuellement qui sont copiées plutôt que les albums complets.

[88] La SCPCP indique que la Commission a appliqué le même raisonnement lorsqu'elle a affirmé qu'« une page photocopiée comporte une valeur ajoutée du seul fait qu'on la choisit. »[58] La SCPCP prétend que cette conclusion s'applique également au présent tarif.

[89] Pour calculer le montant de l'ajustement relatif à la valeur ajoutée relevant de la sélection de pistes individuelles, MM. Stohn et Audley soutiennent que 80 pour cent des pistes copiées étaient soit des pistes sélectionnées à partir d'un seul album (5 pour cent) ou une compilation de pistes sélectionnées à partir de plusieurs albums (75 pour cent). Ils affirment également que selon le rapport des ventes de 2008 des services de musique en ligne,[59] le prix moyen d'une piste vendue individuellement revenait à 1,05 $ alors que le prix moyen d'une piste lors de la vente d'un album revenait à 75 ¢. Par conséquent, MM. Stohn et Audley soutiennent que l'option de sélectionner des pistes individuelles d'un album devrait entraîner un supplément de 40 pour cent ((1,05 $ – 0,75) / 0,75). Puisque ce supplément ne s'applique qu'à l'égard des 80 pour cent des pistes copiées pour usage privé, l'ajustement relatif à la valeur ajoutée devrait correspondre à 32 pour cent (0,80 × 40).

[90] Nous sommes d'avis que le simple fait qu'une piste individuelle soit choisie pour la copie (par opposition à un album complet) confère une valeur additionnelle à cette piste. Nous convenons que la structure de prix utilisée par les services de musique en ligne reflète cette

addition, since both SOCAN and CSI tariffs with respect to online music services are expressed as a percentage of the selling prices of both individual tracks and albums, rights holders already receive a higher remuneration for tracks that are sold individually. We see no reason why this should not be also applied to private copies.

[91] We will use the number provided by CPCC, since this is the only information we have, and set at 32 per cent the adjustment necessary to reflect the value added by the selection of individual tracks. Therefore, the final remuneration per track to authors, performers and makers increases to 10.94¢. (Line AA) This is the basic proxy value of a track used in the calculations below for the determination of the rate.

6. Final Levy Rate

[92] Messrs. Stohn and Audley submit that the percentage of all CDs purchased by individuals is 38.8 per cent in 2008-2009,[60] compared to 54.1 per cent in 2006-2007. In addition, according to the information submitted by CPCC, music constituted 44 per cent of the copying being done on CDs in 2008-2009 as compared to 53 per cent in 2006-2007. We accept these percentages.

[93] Copies made from paid downloads and promotional tracks obtained from the Internet are removed from the total. Messrs. Stohn and Audley indicate that in 2008-2009, 6 per cent of all tracks that were copied onto blank CDs were made from paid downloads and 4 per cent from promotional tracks, for a total adjustment of 10 per cent. The figure of 10 per cent is slightly higher than the 7.98 per cent used by the Board in *PC V* but this increase appears reasonable given that the market for paid downloads is increasing in importance. We therefore use the 10 per cent number.

différence de valeur. De plus, puisque les tarifs de la SOCAN et de CSI pour les services de musique en ligne sont exprimés en pourcentage des prix de vente tant pour les pistes individuelles que pour les albums, les titulaires de droits reçoivent déjà une rémunération plus élevée pour les pistes vendues individuellement. Nous ne voyons pas pourquoi cela ne devrait pas également s'appliquer aux copies privées.

[91] Nous utiliserons le pourcentage fourni par la SCPCP, puisqu'il s'agit du seul renseignement que nous avons, et fixerons à 32 pour cent l'ajustement nécessaire pour refléter la valeur ajoutée relevant de la sélection de pistes individuelles. Par conséquent, la rémunération finale par piste versée aux auteurs, artistes-interprètes et producteurs augmente à 10,94 ¢ (ligne AA). Cette valeur attribuée à une piste est utilisée comme référence dans le calcul du taux ci-dessous.

6. Taux final de redevance

[92] MM. Stohn et Audley soutiennent que le nombre de CD achetés par les consommateurs totalisait 38,8 pour cent en 2008-2009,[60] comparativement à 54,1 pour cent en 2006-2007. De plus, selon les renseignements fournis par la SCPCP, la musique représentait 44 pour cent des copies effectuées sur des CD en 2008-2009, par rapport à 53 pour cent en 2006-2007. Nous retenons ces pourcentages.

[93] Les copies provenant de téléchargements payants et promotionnels obtenus sur Internet sont supprimées du total. MM. Stohn et Audley indiquent qu'en 2008-2009, 6 pour cent des pistes copiées sur CD vierges provenaient de téléchargements payants et 4 pour cent provenaient de téléchargements promotionnels, ce qui représente un ajustement total de 10 pour cent. Ce dernier pourcentage est légèrement plus élevé que le taux de 7,98 pour cent utilisé par la Commission dans *CP V*. Cette hausse semble tout de même raisonnable puisque le marché des téléchargements payants prend de plus en plus d'importance. Par

[94] Another downward adjustment is required to reflect cases when copying onto a CD is not carried out successfully and the CD is spoiled. Based on the information provided by CPCC, the rate of spoilage is estimated at 5 per cent, a 2 percentage point increase from that used by the Board in the previous decision. We would tend to expect that this number decreases over time as individuals become more proficient at copying and that newer software becomes more user friendly. Nevertheless, as this is the only information we have, we will use this number.

[95] The final factor to consider in determining the royalty rate is the average number of tracks copied onto a CD. Based on the information provided by CPCC regarding the total estimated number of tracks copied onto blank CDs in 2008-2009; the total estimated number of blank CDs sold in 2008-2009; 38.8 per cent of blank CDs purchased by individuals; 44 per cent of all copying involving music; and, 5 per cent of wastage; Messrs. Stohn and Audley calculate that the average number of tracks is 18.1. This is similar to the number of 18.4 used in *PC V* and we will use it.

[96] Taking all the adjustments into consideration results in a rate of 29¢. (Line AE) This is the rate we certify.

C. Apportioning the Levy Among Collective Societies

[97] The percentage applicable to each college of rights holders corresponds to that college's share of all private copies of the qualifying repertoire. Accordingly, authors are entitled to 58.2 per cent (28.44 ÷ 48.85), performers to 23.8 per cent (11.61 ÷ 48.85) and makers to 18.0

conséquent, nous utiliserons le taux de 10 pour cent.

[94] Un autre ajustement à la baisse est nécessaire pour refléter les cas où la copie sur un CD n'est pas réussie et le CD ne peut plus être utilisé. Selon les renseignements fournis par la SCPCP, le taux de gaspillage est estimé à 5 pour cent, soit une augmentation de 2 points de pourcentage par rapport au taux utilisé par la Commission dans sa décision précédente. Nous nous attendons à ce que ce nombre diminue au fil des ans puisque les consommateurs sont de plus en plus habiles pour copier de la musique et que les nouveaux logiciels deviennent davantage adaptés aux besoins des utilisateurs. Quoi qu'il en soit, comme il s'agit du seul renseignement dont nous disposons, nous utiliserons ce pourcentage.

[95] Le dernier facteur à examiner pour déterminer le taux de redevance est le nombre moyen de pistes copiées sur un CD. MM. Stohn et Audley ont calculé que le nombre moyen de pistes revient à 18,1 en se fondant sur les renseignements fournis par la SCPCP portant sur : le nombre total estimé de pistes copiées sur CD vierges en 2008-2009; le nombre total estimé de CD vierges vendus en 2008-2009; 38,8 pour cent de CD vierges achetés par des consommateurs; 44 pour cent de l'ensemble des copies visant de la musique; 5 pour cent de gaspillage. Ce nombre est semblable au nombre de 18,4 utilisé dans *CP V*, et nous l'utiliserons.

[96] Compte tenu de tous les ajustements, le taux s'établit à 29 ¢ (ligne AE). Il s'agit du taux que nous homologuons.

C. Répartition de la redevance entre les sociétés de gestion

[97] Le pourcentage attribué à chaque collège d'ayants droit correspond à la part des copies privées faisant partie du répertoire admissible qui lui revient. Par conséquent, les auteurs ont droit à 58,2 pour cent (28,44 x 48,85), les artistes-interprètes à 23,8 pour cent (11,61 x

per cent (8.80 ÷ 48.85) of royalties.

D. Estimate of Total Royalties

[98] Based on the information provided by CPCC, we estimate that the total royalties collected by CPCC for CDs will amount to approximately $15 million for 2010. This is a reflection of the extent to which the sales of CDs are expected to have declined in 2010 compared to the previous years.

48,85) et les producteurs à 18 pour cent (8,80 x 48,85) des redevances.

D. Estimation des redevances totales

[98] Selon les renseignements fournis par la SCPCP, nous estimons que les redevances totales perçues par la SCPCP pour les CD totaliseront environ 15 millions de dollars pour 2010. Ce montant montre à quel point on s'attend à une diminution des ventes de CD en 2010 par rapport aux années précédentes.

Le secrétaire général par intérim,

Gilles McDougall
Acting Secretary General

ENDNOTES

1. R.S.C. 1985, c. C-42 [“*Act*”].

2. The parties tended to use “type”. The English version of the *Act* uses “kind”. The French version is silent. We use the terms interchangeably.

3. Hereinafter, CD-Rs will be referred to as CDs.

4. *Access Copyright Elementary and Secondary School Tariff, 2005-2009* (July 17, 2009) Copyright Board Decision at paras. 173-175.

5. For an overview of the litigation opposing CPCC and ZEI, see *Private Copying Tariff, 2008-2009* (December 5, 2008) Copyright Board Decision at paras. 7-9 [*PC V*]; *Private Copying 1999-2007 Z.E.I. Media Plus Inc.'s Application to Vary* (October 19, 2009) Copyright Board Decision at paras. 1-8 [*PC 1999-2007*].

6. *Ibid. PC 1999-2007.*

7. *Ibid.* at para. 9.

8. R.S.C. 1985, c. C-38 [“*CPIA*”]; see also the *Consumer Packaging and Labelling Regulations*, C.R.C., c. 417 [“*Regulations*”].

9. *Private Copying Tariff, 1999-2000* (December 17, 1999) Copyright Board Decision at 31-32 [*PC I*].

10. *Private Copying Tariff, 2001-2002* (December 15, 2000) Copyright Board Decision at 16 [*PC II*]; *Private Copying Tariff, 2003-2004* (December 12, 2003) Copyright Board Decision at 18 [*PC III*]; *Private Copying Tariff, 2005-2007* (May

NOTES

1. L.R.C. 1985, ch. C-42 [« *Loi* »].

2. La version anglaise de la *Loi* emploie le mot « *kind* », alors que la version française est muette. Les parties utilisaient « type ». C'est ce que nous retenons.

3. Ci-après, les CD-R seront appelés CD.

4. *Tarif Access Copyright pour les écoles élémentaires et secondaires, 2005-2009* (17 juillet 2009) Décision de la Commission du droit d'auteur aux paras. 173 à 175.

5. Pour un aperçu du litige opposant la SCPCP et ZEI, voir : *Tarif pour la copie privée, 2008-2009* (5 décembre 2008) Décision de la Commission du droit d'auteur aux paras. 7 à 9 [*CP V*]; *Copie privée 1999-2007 Demande de modification de Z.E.I. Media Plus Inc.* (19 octobre 2009) Décision de la Commission du droit d'auteur aux paras. 1 à 8 [*CP 1999-2007*].

6. *Ibid. CP 1999-2007.*

7. *Ibid.* au para. 9.

8. L.R.C. 1985, ch. C-38 [« *LEEPC* »]; voir également le *Règlement sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, C.R.C., ch. 417 [« *Règlement* »].

9. *Tarif pour la copie privée, 1999- 2000* (17 décembre 1999) Décision de la Commission du droit d'auteur aux pp. 31-32. [*CP I*].

10. *Tarif pour la copie privée, 2001-2002* (15 décembre 2000) Décision de la Commission du droit d'auteur à la p.16 [*CP II*]; *Tarif pour la copie privée, 2003-2004* (12 décembre 2003) Décision de la Commission du droit d'auteur à la p.18 [*CP III*]; *Tarif pour la copie privée, 2005-2007*

11, 2007) Copyright Board Decision at paras. 34-40 [*PC IV*].

11. ZEI submission of September 25, 2008 at Tab 1: *CD Quality Overview*, Media Sciences Inc., September 18, 2008 and at Tab 2: *CD-R Quality Comparative Analysis*, Media Sciences Inc., September 17, 2008.

12. Santa Clara Consulting Group, *The Flexible Media Industry for Data Recording, Canadian Market, 2008* (June 2008) at 13 [*Flexible Media Report, 2008*], ZEI Application Record Tab G-11.

13. This term probably encompasses wholesalers and other types of distributors but not retailers.

14. *PC III*, *supra* note 10 at 35.

15. Ibid. at 35, 45.

16. *Ibid.* at 35.

17. *PC I*, *supra* note 9 at 29-30.

18. *Ibid.*, at 32.

19. *Ibid.* at 30.

20. For example where distinctions impact ordinary use, see *Ibid.* at 31, where the recording capacity of cassettes was found to affect consumer use while other characteristics, such as "removed protect tabs" were found to be insignificant on the basis that too much specificity opened the door to levy avoidance.

21. *Ibid.* at 31-32.

(11 mai 2007) Décision de la Commission du droit d'auteur aux paras. 34 à 40 [*CP IV*].

11. Documentation soumise par ZEI le 25 septembre 2008, à l'onglet 1 : *CD Quality Overview*, Media Sciences Inc., 18 septembre 2008 et à l'onglet 2 : *CD-R Quality Comparative Analysis*, Media Sciences Inc., 17 septembre 2008.

12. Santa Clara Consulting Group, *The Flexible Media Industry for Data Recording, Canadian Market, 2008* (June 2008) à la p.13 [*Flexible Media Report, 2008*], Dossier ZEI, onglet G-11.

13. Ce terme englobe probablement les grossistes et d'autres types de distributeurs, mais pas les détaillants.

14. *CP III*, *supra* note 10 à la p.35.

15. *Ibid.* aux pp. 35 et 45.

16. *Ibid.* à la p. 35.

17. *CP I*, *supra* note 9, aux pp. 29 et 30.

18. *Ibid.* à la p. 32.

19. *Ibid.* à la p. 30.

20. Par exemple, lorsque les distinctions ont une influence sur l'utilisation habituelle. La Commission du droit d'auteur a conclu que la capacité d'enregistrement des cassettes avait une influence sur l'utilisation du consommateur et que d'autres caractéristiques, comme « les dispositifs de protection enlevés », étaient insignifiantes au motif qu'une trop grande spécificité pourrait permettre l'évitement de la redevance (voir *Ibid.* à la p. 31).

21. *Ibid.* aux pp. 31 et 32.

22. See *PC III, supra* note 10 at 44, where the Board refused to segregate, on the basis of packaging characteristics, removable memory "bundled" with any particular product from the same removable memory sold separately.

23. *PC I, supra* note 9 at 31.

24. *PC III, supra* note 10 at 45.

25. *PC I, supra* note 9 at 31.

26. For ZEI's position, see ZEI Statement of Case Amended at paras. 109-112; Affidavit of Danielle Gravel, at para. 32, ZEI Application Record Tab C and transcripts at 238. For CPCC's position, see transcripts at 105-06.

27. *Flexible Media Report, 2008, supra* note 12 at 13.

28. Transcripts at 238.

29. Brand Summaries, Exhibit LG-4 to the Affidavit of Laurie Gelbloom; see also Investigator Reports, Exhibit LG-7 to the Affidavit of Laurie Gelbloom; Exhibit LG-8 to the second Affidavit of Laurie Gelbloom.

30. *Flexible Media Report, 2008, supra* note 12 at 62; see also transcripts at 101-06, 343-44.

31. *Ibid.* at 13.

32. *CD Tracker 2000* Report, ZEI Compendium, Tab 8 at 180, 198, 214 and 243.

33. See for example, Exhibit LG-2 to the Affidavit of Laurie Gelbloom, at Tab Taiyo Yuden, where the brand is being promoted for both professional and consumer audio recording applications, for "outperform[ing]

22. La Commission a refusé de distinguer, sur le fondement de l'emballage, une mémoire amovible fournie avec certains produits de celle vendue séparément. Voir *CP III, supra* note 10 à la p. 44.

23. *CP I, supra* note 9 à la p. 31.

24. *CP III, supra* note 10 à la p. 45.

25. *CP I, supra* note 9 à la p. 31.

26. Pour connaître la thèse de ZEI, voir le mémoire modifié de ZEI aux paras. 109 à 112; affidavit de Danielle Gravel au par. 32, dossier ZEI onglet C et les transcriptions à la p. 238. Pour connaître la thèse de la SCPCP, voir les transcriptions aux pp. 105 et 106.

27. *Flexible Media Report, 2008, supra* note 12 à la p. 13.

28. Transcriptions à la p. 238.

29. Rapports sommaires sur certaines marques, affidavit de Laurie Gelbloom, pièce LG-4; voir également les rapports des enquêteurs, affidavit de Laurie Gelbloom, pièce LG-7; deuxième affidavit de Laurie Gelbloom, pièce LG-8.

30. *Flexible Media Report, 2008, supra* note 12 à la p. 62; voir également les transcriptions, aux pp. 101 à 106, 343 et 344.

31. *Ibid.* à la p. 13.

32. Rapport *CD Tracker 2000*, recueil de ZEI, onglet 8 aux pp. 180, 198, 214 et 243.

33. Voir, par exemple, affidavit de Laurie Gelbloom, pièce LG-2, onglet Taiyo Yuden, où la marque est offerte pour des applications d'enregistrement audio destinées tant aux professionnels qu'aux

the competition in recording accuracy and superior durability of data and audio applications."; Tab Princo: "[...] Princo's CD discs the ideal choice for applications such as video recording, MP3 storage, audio CDs, digital photos and desktop publishing [...]"; Tab Hi-Space: "great for storing music, games and video's"; Exhibit LG-3 to the Affidavit of Laurie Gelbloom, Tab spindle: "[...] Princo's CD discs the ideal choice for applications such as video recording, MP3 storage, audio CDs, digital photos and desktop publishing [...]"; Tab Jewel Case: "Princo discs are the ideal media for application such as library storage, duplication and retrieval, desktop publishing with large image storage, software sample developing and new programs testing as well as personal medical records."; "Hi-Space [...] Great for storing music, games and video's"; Exhibit LG-4 to the Affidavit of Laurie Gelbloom for "other CDs" overview and promotional content.

consommateurs, pour [TRADUCTION] « surpasser la concurrence en ce qui a trait à la précision des enregistrements et à la durabilité supérieure des applications audio et de celles fondées sur des données. »; onglet Princo : [TRADUCTION] « [...] les CD de Princo sont le choix idéal pour les applications comme l'enregistrement vidéo, le stockage de MP3, les CD audio, les photos numériques et l'éditique [...] »; onglet Hi-Space : [TRADUCTION] « idéal pour stocker de la musique, des jeux et des vidéos »; affidavit de Laurie Gelbloom, pièce LG-3, onglet dispositif circulaire : [TRADUCTION] « [...] les CD Princo sont le choix idéal pour les applications comme l'enregistrement vidéo, le stockage de MP3, les CD audio, les photos numériques et l'éditique [...] »; onglet boîtier cristal : [TRADUCTION] « les disques Princo sont le support idéal pour les applications comme le stockage de bibliothèques, la duplication et l'extraction, l'éditique avec une capacité importante de stockage d'images, l'élaboration de logiciels et l'essai de nouveaux programmes ainsi que les dossiers médicaux personnels. »; « Hi-Space [...] Idéal pour stocker de la musique, des jeux et des vidéos »; affidavit de Laurie Gelbloom, pièce LG-4, relative au rapport sommaire sur les « autres CD » et au contenu promotionnel de ceux-ci.

34. Web pages, Exhibit LG-3 to the Second Affidavit of Laurie Gelbloom.

34. Pages Web, deuxième affidavit de Laurie Gelbloom, pièce LG-3.

35. Although we had data going back to 2002, we chose not to use data from 2005 and earlier because they concern a period during which CDs were not fully commoditized. Using that data would have provided a skewed picture of the current market.

35. Bien que nous avions des données qui remontaient jusqu'à 2002, nous avons décidé de ne pas utiliser les données antérieures à 2006 parce qu'elles concernent une période qui précède la banalisation des CD, ce qui aurait ainsi faussé la description du marché.

36. See ZEI Outline of Arguments at paras. 26-45; CPCC Memorandum of Fact and Law at

36. Voir le résumé de plaidoirie de ZEI aux paras. 26-45; mémoire des faits et du droit de la SCPCP aux paras. 94-97; voir

paras. 94-97; see also transcripts at 106, 114, 119, 163, 239-243.

37. *Regulations*, *supra* note 8, s. 5. The provision reads as follows:

> 5.(1) A prepackaged product that
> *(a)* does not consist of food,
> *(b)* is usually sold to a consumer by numerical count,
> *(c)* is packaged in such a manner that the product contents are visible and identifiable, and
> *(d)* has a label applied to it in accordance with sections 7 to 11 that shows the information referred to in subparagraph 10(*b*)(i) of the Act in the form and manner prescribed by these Regulations,
>
> is exempt from subparagraph 10(*b*)(ii) of the Act. [...]

38. CPCC Memorandum of Fact and Law at paras. 94-97; Exhibits LG-3, LG-4, LG-6 and LG-7 to the Affidavit of Laurie Gelbloom.

39. Transcripts at 242.

40. *PC III*, *supra* note 10, at 35.

41. CPCC Compendium, Tabs 3, 5A; transcripts at 106, 114, 119.

42. *Supra* note 33.

43. *PC I*, *supra* note 9, at 30.

44. *Ibid.*

45. *Ibid.*

46. *Ibid.*

47. *Ibid.* at 32.

48. *PC IV*, *supra* note 10 at paras. 71, 74.

49. *PC I*, *supra* note 9 at 30; see also *PC III*, *supra* note 10 at 36.

également les transcriptions aux pp. 106, 114, 119, 163 et 239 à 243.

37. *Règlement*, précité, note 8, art. 5. La disposition est rédigée comme suit :

> 5.(1) Un produit préemballé qui
> *a*) n'est pas de la nourriture,
> *b*) est normalement vendu à l'unité au consommateur,
> *c*) une fois emballé, demeure visible et identifiable, et
> *d*) porte, conformément aux articles 7 à 11, une étiquette où figurent, selon les modalités prévues par le présent règlement, les renseignements mentionnés au sous-alinéa 10*b*)(i) de la Loi,
>
> est exempté des dispositions du sous-alinéa 10*b*)(ii) de la Loi. [...]

38. Mémoire des faits et du droit de la SCPCP aux paras. 94-97; affidavit de Laurie Gelbloom, pièces LG-3, LG-4, LG-6 et LG-7.

39. Transcriptions à la p. 242.

40. *CP III*, *supra*, note 10 à la p. 35.

41. Recueil de la SCPCP, onglets 3 et 5A; transcriptions aux pp. 106, 114 et 119.

42. *Supra* note 33.

43. *CP I*, *supra* note 9 à la p. 30.

44. *Ibid.*

45. *Ibid.*

46. *Ibid.*

47. *Ibid.* à la p. 32.

48. *CP IV*, *supra* note 10 aux paras. 71 et 74.

49. *CP I*, *supra* note 9 à la p. 30; voir également *CP III*, *supra* note 10 à la p. 36.

50. *PC I, supra* note 9 at 36, Table 2.

51. To this total, we could add another 220,200 CDs, which is a conservative estimate of the weighted levied ZEI brands sales of zero-rated companies. See *2008 Brands and Units Final*, filed by CPCC on November 3, 2009.

52. CPCC Compendium, Tabs 3, 5A.

53. See for example, CPCC Compendium, *Exhibit LG-7: Relevant excerpts from LG-7 to the Affidavit of Laurie Gelbloom, dated October 21, 2008* at Tabs 3-B, C, D, E, H, I, M.

54. Exhibit LG-3 to the Second Affidavit of Laurie Gelbloom, Web pages.

55. For further examples of promotional content, see product description in investigator reports, First Affidavit of Laurie Gelbloom, LG-7; Market Sightings of ZEI brands spreadsheet and sample of print advertisements identified in the spreadsheet, First Affidavit of Laurie Gelbloom, LG-1; Market Tracking Advertisements- Generic/Unbranded Sightings (Not Pictured), Second Affidavit of Laurie Gelbloom, LG-1; Market Tracking Advertisements- Generic/Unbranded Sightings (Pictured Advertisements), Second Affidavit of Laurie Gelbloom, LG-1; Internet Advertisement of Unbranded Media and corresponding clippings *en liasse*, Second Affidavit of Laurie Gelbloom, LG-2; Research-Investigation spreadsheet listing the web-based advertising identified by CPCC, First Affidavit of Laurie Gelbloom, LG-2.

56. *PC III, supra* note 10 at 36.

50. *CP I, supra* note 9 à la p. 36, tableau 2.

51. À ce total, nous pourrions ajouter 220 200 autres CD, ce qui représente une estimation conservatrice des ventes pondérées de marques de ZEI effectuées par des sociétés exonérées et pour lesquelles des redevances ont été versées. Voir le document intitulé *2008 Brands and Units Final* produit par la SCPCP le 3 novembre 2009.

52. Recueil de la SCPCP, onglets 3 et 5A.

53. Voir, par exemple, le recueil de la SCPCP, *Exhibit LG-7: Relevant excerpts from LG-7 to the Affidavit of Laurie Gelbloom, dated October 21, 2008* aux onglets 3-B, C, D, E, H, I et M.

54. Pages Web, deuxième affidavit de Laurie Gelbloom, pièce LG-3.

55. Pour d'autres exemples de contenu promotionnel, voir la description du produit dans les rapports des enquêteurs, premier affidavit de Laurie Gelbloom, LG-7; chiffrier portant sur les observations des marques de ZEI sur le marché et échantillon d'annonces publicitaires figurant dans le chiffrier, premier affidavit de Laurie Gelbloom, LG-1; observations des publicités du marché – observations de CD génériques ou sans marque sur le marché (aucune image), deuxième affidavit de Laurie Gelbloom, LG-1; observation des publicités du marché – observations de CD génériques ou sans marque sur le marché (images), deuxième affidavit de Laurie Gelbloom, LG-1; annonce publicitaire sur Internet d'un support sans marque et coupures correspondantes en liasse, deuxième affidavit de Laurie Gelbloom, LG-2; chiffrier de recherche et d'enquête énumérant les publicités Internet identifiées par la SCPCP, premier affidavit de Laurie Gelbloom, LG-2.

56. *CP III, supra* note 10 à la p. 36.

57. *Ibid.* at 45.

58. *Supra* note 4, at para. 174.

59. Under *CSI's online music services tariff*, each online music service is required to render sales reports that indicate the price of each permanent download sold as a single track or as part of an album or bundle.

60. Had professional CDs been excluded from the calculation of the levy as requested by ZEI, this percentage would have been higher.

57. *Ibid.* à la p. 45.

58. *Supra* note 4 au para. 174.

59. Selon le *Tarif CSI pour les services de musique en ligne*, chaque service de musique en ligne doit fournir un rapport des ventes indiquant le prix de chaque téléchargement permanent vendu comme piste individuelle ou comme partie d'un album ou d'un ensemble.

60. Si les CD professionnels avaient été exclus du calcul de la redevance comme l'avait demandé ZEI, ce pourcentage aurait été plus élevé.

APPENDIX
Private Copying 2010
Levy Rate Calculation

	AUTHORS' REMUNERATION	
A	Mechanical licence royalty per song per top-line CD	$0.0745
B	Average number of tracks per CD	15
C	Record club and budget-line sales percentage	8.9%
D	Record club and budget-line discount	25%
E	Adjustment for record club and budget-line sales [C × D] 0.089 × 0.25	2.23%
F	Authors' Remuneration [A × B × (1 – E)] 0.0745 × 15 × (1 – 0.0223)	$1.0922

	PERFORMERS' AND MAKERS' REMUNERATION	
G	Top-line CD published price for dealers	$12.98
H	Royalty to performer (in percentage)	15.1%
I	High-volume discount	10%
J	Record club and budget-line discount	50%
K	Adjustment for record club and budget-line sales [C × J] 0.089 × 0.5	4.45%
L	Adjustment to account for makers' remuneration	1.5
M	Payments to the *American Federation of Musicians*	$0.07
N	Performers' and makers' remuneration [(G × H × (1 – I) × (1 – K) × L) + M] (12.98 × 0.15 × (1 – 0.1) × (1 – 0.0445) × 1.5) + 0.07	$2.5944
O	Total royalties per prerecorded CD [F + N] 1.0922 + 2.5944	$3.6866

	QUALIFYING REPERTOIRE ADJUSTMENT	
P	Eligible authors' weighted share of all private copies [(F ÷ O) × % of private copies using eligible authors' repertoire] 1.0922 ÷ 3.6866 × 96%	28.44%
Q	Eligible performers' weighted share of all private copies [(N ÷ O) × % of private copies using eligible performers' repertoire ÷ 2] 2.5944 ÷ 3.6866 × 33% ÷ 2	11.61%
R	Eligible makers' weighted share of all private copies [(N ÷ O) × % of private copies using eligible makers' repertoire ÷ 2] 2.5944 ÷ 3.6866 × 25% ÷ 2	8.80%
S	Qualifying repertoire's weighted share of all private copies [P + Q + R] 28.44 + 11.61 + 8.80	48.85%
T	Imputed remuneration of qualifying repertoire per CD [O × S] 3.6866 × 0.4885	$1.8009

	ADJUSTMENT FOR ANCILLARY NATURE OF ACTIVITY	
U	Adjustment for copies made from copier-owned CDs [% of private copies × 50%] 24% × 50%	12%
V	Adjustment for copies from other sources [% of private copies × 25%] 76% × 25%	19%
W	Adjusted remuneration [T × (1 – (U + V))] $1.8009 × (1 – (0.12 + 0.19))	$1.2426
X	Adjusted remuneration per track [W ÷ B] 1.2426 ÷ 15	$0.0828

	ADJUSTMENT FOR VALUE ADDED THROUGH SELECTION OF INDIVIDUAL TRACKS	
Y	Selected tracks (% of all tracks)	80%
Z	Adjustment for selected tracks	40%
AA	Final remuneration per track (100% + (Y × Z)) × X (100% + (80% × 40%)) × 0.0828	$0.1094

	LEVY RATE FOR CDs	
AB	Average number of tracks copied on a CD	18.1
AC	Percentage of copies already authorized (through paid downloads and promotional copies)	10%
AD	Percentage of units spoiled	5%
AE	Levy rate for CDs [AA × % purchased by individuals × % of purchases used to private copy × (1 – AC) × (1 – AD) × AB] $0.1094 × 0.39 × 0.44 × (1 – 0.10) × (1 – 0.05) × 18.1	$0.29

Note: Calculations were made without using rounded figures. As a result, the rounded figures in the formulas may not result in the precise figures shown in this Appendix.

ANNEXE
Copie privée 2010
Calcul du taux de la redevance

	RÉMUNÉRATION DES AUTEURS	
A	Redevance des licences de reproduction mécanique par chanson, par CD haut de gamme	0,0745 $
B	Nombre moyen de pistes par CD	15
C	Pourcentage des ventes attribuables aux clubs de disques et aux gammes à rabais	8,9 %
D	Escompte relatif aux ventes des clubs de disques et des gammes à rabais	25 %
E	Ajustement pour tenir compte des ventes des clubs de disques et des gammes à rabais [C × D] 0,089 × 0,25	2,23 %
F	Rémunération des auteurs [A × B × (1 – E)] 0,0745 × 15 × (1 – 0,0223)	1,0922 $

	RÉMUNÉRATION DES ARTISTES-INTERPRÈTES ET DES PRODUCTEURS	
G	Prix publié au détaillant des CD haut de gamme	12,98 $
H	Redevance à l'artiste-interprète (en pourcentage)	15,1 %
I	Escompte (meilleurs clients)	10 %
J	Escompte relatif aux ventes des clubs de disques et des gammes à rabais	50 %
K	Ajustement pour tenir compte des ventes des clubs de disques et des gammes à rabais [C × J] 0,089 × 0,5	4,45 %
L	Ajustement relatif à la rémunération du producteur	1,5
M	Versements à l'*American Federation of Musicians*	0,07 $
N	Rémunération des artistes-interprètes et des producteurs [(G × H × (1 – I) × (1 – K) × L) + M] (12,98 × 0,15 × (1 – 0,1) × (1 – 0,0445) × 1,5) + 0,07	2,5944 $
O	Redevances totales par CD préenregistré [F + N] 1,0922 + 2,5944	3,6866 $

AJUSTEMENT RELATIF AU RÉPERTOIRE ADMISSIBLE		
P	Part pondérée des copies privées revenant aux auteurs admissibles [(F ÷ O) × % des copies privées faisant partie du répertoire d'auteurs admissibles] 1,0922 ÷ 3,6866 × 96 %	28,44 %
Q	Part pondérée des copies privées revenant aux artistes-interprètes admissibles [(N ÷ O) × % des copies privées faisant partie du répertoire des artistes-interprètes admissibles ÷ 2] 2,5944 ÷ 3,6866 × 33 % ÷ 2	11,61 %
R	Part pondérée des copies privées revenant aux producteurs admissibles [(N ÷ O) × % des copies privées faisant partie du répertoire des producteurs admissibles ÷ 2] 2,5944 ÷ 3,6866 × 25 % ÷ 2	8,80 %
S	Part pondérée des copies privées provenant du répertoire admissible [P + Q + R] 28,44 + 11,61 + 8,80	48,85 %
T	Rémunération imputée au répertoire admissible par CD [O × S] 3,6866 × 0,4885	1,8009 $

AJUSTEMENT RELATIF À LA NATURE ACCESSOIRE DE L'ACTIVITÉ		
U	Ajustement pour les copies de CD appartenant au copiste [% des copies privées × 50 %] 24 % × 50 %	12 %
V	Ajustement pour les copies d'autres sources [% des copies privées × 25 %] 76 % × 25 %	19 %
W	Rémunération ajustée [T × (1 – (U + V))] 1,8009 $ × (1 – (0,12 + 0,19))	1,2426 $
X	Rémunération ajustée par piste [W ÷ B] 1,2426 ÷ 15	0,0828 $

AJUSTEMENT RELATIF À LA VALEUR AJOUTÉE RELEVANT DE LA SÉLECTION DE PISTES INDIVIDUELLES		
Y	Pistes sélectionnées (% de toutes les pistes)	80 %
Z	Ajustement relatif à la sélection des pistes	40 %
AA	Rémunération finale par piste (100 % + (Y × Z)) × X (100 % + (80 % × 40 %)) × 0,0828	0,1094 $

TAUX DE LA REDEVANCE POUR LES CD		
AB	Nombre moyen de pistes enregistrées sur un CD	18,1
AC	Pourcentage de copies déjà autorisées (via les téléchargements payés et promotionnels)	10 %
AD	Pourcentage de CD gaspillés	5 %
AE	Taux de la redevance pour les CD [AA × % achetés par les particuliers × % achetés en vue de faire des copies privées × (1 – AC) × (1 – AD) × AB] 0,1094 $ × 0,39 × 0,44 × (1 – 0,10) × (1 – 0,05) × 18,1	0,29 $

Note : Les chiffres utilisés pour ces calculs n'ont pas été arrondis. Par conséquent, il se peut que les chiffres arrondis utilisés dans les formules ne concordent pas avec les chiffres précis figurant dans cette annexe.